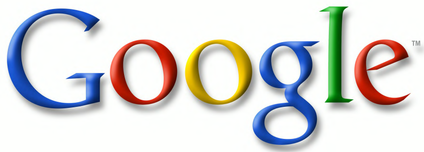




1837
ARTES
VERITAS
SCIENTIA
LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN
E PLURIBUS UNUM
SI QUAERIS PENINSULAM AMOENAM
CIRCUMSPICE

Grundzüge

einer

allgemeinen Staatslehre

von

Dr. Max Seydel.



Würzburg.
A. Stuber's Buchhandlung.
1873.

Inhalt.

Einleitung.

Auf der ganzen Linie menschlicher Wissenschaft dringt stetig und machtvoll eine realistische Auffassung vorwärts. Diese Bewegung ist das Kennzeichen der Zeit, in der wir leben; ein Kennzeichen, das derjenige mit freudigem Aufblicke begrüsst, der dem Ziele aller Forschung, der Wahrheit, treulich zustrebt, mit scheuem und unsicheren Auge derjenige, der die Wahrheit zu ertragen sich nicht stark fühlt.

Dem gewaltigen Zuge der Zeit zu widerstreben ist zwecklos und ist sinnlos; keine Macht kann ihn hemmen. Indem die Wissenschaft Hülle um Hülle von dem Bilde der Wahrheit abreisst, handelt sie nicht frevelnd und übermütig, sondern sie folgt ihrem erhabensten Berufe. Rücksichtsloses Erkennen und rücksichtsloses Verkündigen des Wahren ist ihr Endzweck, und darum ist für sie der höchste Realismus zugleich der höchste Idealismus.

Will desshalb die Wissenschaft des Rechtes in ihren Erfolgen nicht hinter den Schwesterwissenschaften zurückbleiben, so muss auch sie jene Bahnen einschlagen, auf denen diese sich emporgerungen haben. Nicht täuschenden Bildern darf sie nachjagen, sondern die nüchterne Wirklichkeit muss sie zu fassen suchen. Das Recht ist von Menschen für Menschen gemacht worden, es ist nicht als Manna vom Himmel gefallen, nicht als Geschenk der Natur aus dem Boden emporgewachsen, von glücklichen Händen mühlos aufgelesen oder mühlos gepflückt. Es ist in hartem

Kampfe, im Streben und Ringen der Jahrtausende erworben, wie Alles, was die Menschheit ihr Eigen nennt.

Nur aus diesem Gesichtspunkte, als ein durch menschliche Arbeit Gewordenes und durch solche Bewahrtes, kann das Recht begriffen werden. Das Recht ist so wenig absolut und ewig, wie alles Andre, was der Mensch geschaffen hat, absolut und ewig ist; es ist nicht göttlich geoffenbart, sondern menschlich erkannt, aus Not und Bedürfniss geboren. Und so sollen wir, ob auch der Baum hoch und herrlich emporgewachsen ist, doch nicht vergessen, dass seine Wurzeln in der Erde ruhen und dass er, dieser Wurzeln beraubt, verdorrt und abstirbt.

Dass die Wissenschaft des Rechtes selbst das Bedürfniss fühlt, an ihre reale Grundlage wieder anzuknüpfen, ist aus mancher ihrer neuern Schöpfungen ersichtlich. Insbesondere fügte Jehring zu den zahlreichen und grossen Verdiensten, die er um das Verständniss des Rechtes sich erworben, auch das neue, in seiner Schrift „Der Kampf um's Recht“ (Wien 1872) eine realistische Behandlung unserer Wissenschaft auf das Nachdrücklichste vertreten zu haben.

Noch Vieles bleibt indess auf diesem Gebiete zu thun, noch mancherlei Irrthümer sind zu beseitigen, zu welchen ein falscher Idealismus des Rechtes geführt hat. Nicht leicht haben trügerische Fictionen üppiger gewuchert, und der Wahrheit den Weg gehemmt, als gerade auf diesem Gebiete. Doch dieser Fehler hört auf gefährlich zu sein, sobald er erkannt wird. Dass eine solche Einsicht sich Bahn zu brechen beginnt, ist ein erfreuliches Zeichen. Es ist so lange noch nicht her, dass es unmöglich gewesen wäre, Sätze zur Anerkennung zur bringen, wie den folgenden, den wir bei Unger (System des österreichischen allgemeinen Privatrechts VI 1864. S. 35) lesen.

„Die Fiction ist nur die eigenthümliche Ausdrucksform für die juristische Gleichstellung und Gleichbehandlung an sich verschiedener Verhältnisse. Daher kann man nicht ... mit

Hilfe von Fictionen juristische Verhältnisse erklären oder zurechtlegen. Die Fiction enthält weder ein schöpferisches Princip, noch vermag sie eine juristische Basis zu bilden, sie ist vielmehr umgekehrt nur die abgekürzte Formel für die bereits geschaffene und begründete Ordnung der Dinge; sie ist ein Werkzeug juristischer Terminologie, nicht ein Werkzeug juristischer Construction."

Es ist ein inhaltschweres Wort, das Unger hier ausgesprochen hat, und eine Fülle von Betrachtungen knüpft sich an dasselbe. Vor dem Einen lichten Gedanken muss das Nebelgespenst des Puchta'schen Volksgeistes verschwinden; ihm nach folgen die nicht thatsächlich vorhandenen, sondern nur vorgestellten Rechtssubjecte; die Gesammtheiten, die etwas Anderes sind als der Inbegriff ihrer Bestandtheile, die Rechte, die nicht gleich der Summe der aus ihnen entspringenden Befugnisse sind, und so — wir wollen das leicht vermehrbare Verzeichniss nicht fortsetzen — noch gar Vieles, was niemals vorhanden, sondern nur gedichtet war, was nicht der Wirklichkeit sein Dasein verdankt, sondern lediglich der Einbildung.

Ob eine Auffassung der Rechtswissenschaft, wie sie hier vertreten wird, jetzt schon auf Anerkennung rechnen dürfe, erscheint uns ebenso zweifelhaft als es uns zweifellos ist, dass sie schliesslich den Sieg davon tragen muss.

Was wir im Nachstehenden darlegen werden, möge als Versuch gelten, die Richtung zu finden, nach welcher das Ziel auch unserer Wissenschaft, die Wahrheit, liegt. Mehr als Versuch ist es nicht und kann es nicht sein.

I. Abschnitt.

Staat und Herrscher.

Der Staat entsteht dadurch, dass eine Anzahl von Menschen, welche einen Theil der Erdoberfläche einnimmt, unter Einem höchsten Willen sich vereinigt.

Daraus erhellt, dass der Staat nichts Anderes ist, als ein Erzeugniss menschlichen Willens, nicht das Erzeugniss einer Naturgewalt oder eines natürlichen Entwicklungsvorganges in dem Sinne, wie etwa eine Pflanze, ohne jegliches Wollen ihrerseits, blos kraft physischer Gesetze emporwächst.

Die Richtung des menschlichen Willens auf Staatsbildung ist freilich eine in der menschlichen Anlage begründete, der Mensch ist ein *ζῷον πολιτικόν*.

Die Menschen, welche einen Staat wollen, wollen daher das ihrer Natur Gemässe; aber nichts desto weniger ist dieser Willensact ein freier, kein notwendiger. Der einzelne Staat ist stets durch menschlichen Willen hervorgerufen.

Es ist daher ein Gedanke ohne jeglichen rechtswissenschaftlichen und ohne jeden philosophischen Wert, dass der Staat ein Organismus sei. Diese bildliche Ausdrucksweise beruht auf einem unklaren Denken, welches den staatzeugenden Trieb der menschlichen Gattung mit dem schöpferischen Acte, der den wirklichen Staat hervorruft, verwechselt.

Der Staat ist also ein Erzeugniss menschlichen Wollens, und dieses ist der richtige Gedanke, aus welchem die allerdings in's Absonderliche ausgebildete Theorie vom contrat social hervorgegangen ist. Das Unrichtige an dieser Lehre ist, dass sie den rechtlichen Begriff des Vertrags da anwendet, wo es sich um die Begründung des Gemeinwesens handelt, in Folge deren das Recht erst entstehen soll.

Wenn die Bezeichnung des Staats als Organismus trotz ihrer Ungenauigkeit den Schein einer gewissen Berechtigung hervorruft, so erklärt sich dies aus Folgendem.

Da der Staat eine Gesammtheit von Menschen umfasst, so ist auch seine Gesammtentwicklung nichts Anderes als die Entwicklung seiner Individuen. Wie nun diese Letztere durch die menschliche Natur (ganz unbeschadet der Willensfreiheit) bestimmt erscheint, so wird auch die staatliche Entwicklung, als die Entwicklung Aller, durch eben dieselbe Natur bestimmt und gewinnt darum den Anschein des Unwillkürlichen, des Organischen. Es ist aber nicht der Staat, es ist die menschliche Gattung, welche sich nach physiologischen Gesetzen weiterbildet.

Jene Auffassung ist unschädlich, so lange sie in ihrer Schranke und ihrer eigentlichen Bestimmung treu bleibt, eine gewisse Seite des staatlichen Lebens in einem Bilde zu verdeutlichen. Sie wird ungereimt von dem Augenblicke an, wo sie die Grundlage zu philosophischen oder gar rechtswissenschaftlichen Folgerungen abgeben soll.

Wir stehen nicht an zu behaupten, dass die Frage nach der Entstehungsweise des Staates im Menschengeschlechte für unsere Wissenschaft eine gänzlich gleichgiltige ist; denn das Recht ist erst durch den Staat da. Für unsere Wissenschaft ist der Staat einfach eine Thatsache, eine gewaltige Thatsache sogar, um mit Stein (Verwaltungslehre 2. Aufl. Bd. I S. 5) zu reden, aber gewiss nicht die, „dass die Gemeinschaft der Menschen, ausserhalb und über dem

Willen der Gemeinschaft selbst, ein eigenes selbständiges Dasein hat.“ Denn es ist schwer, sich bei diesem Satze etwas Logisches zu denken, zumal dann, wenn man mit Stein selbst (I S. 11) anerkennt, „dass geradezu der Gesammtzustand des Staates mit dem Zustande und der Entwickelung der Einzelnen, die ihm angehören, identisch ist, oder dass das Mass der Entwicklung aller Staatsbürger die Bedingung und das Mass der Entwicklung des Staats selbst ist.“

Wenn wir den Staat eine Thatsache nannten, so haben wir hiermit einen Satz ausgesprochen, dem wir eine nicht unbeträchtliche Tragweite beimessen. Es ist hiemit jede Herstellung des Staatsbegriffs a priori verworfen. Es hat nie den Staat κατ' ἐξοχήν gegeben, sondern immer nur bestimmte einzelne Staaten. Die Frage ist also nicht die: Was muss der Staat sein? Was sind die Erfordernisse des Staates in abstracto? sondern: Was nennen wir Menschen Staat? Welches sind die Merkmale aller jener menschlichen Verbindungen, die wir als Staaten zu bezeichnen pflegen?

Der Staat ist nicht die einzige Form des menschlichen Nebeneinanderseins. Es liegen Zwischenstufen zwischen dem roh-thierischen Dahinleben des Urzustandes, wo der Geschlechtstrieb allein als der Keim einer engern menschlichen Gemeinschaft erscheint, und der vollkommenen Vereinigungsform des Staates, welche selbst wieder in der Einzelerscheinung je nach dem Bildungszustande der Menschen die verschiedensten Abstufungen aufweist. Es erweitert sich die Familiengemeinschaft zur Geschlechts- und Stammesgemeinschaft, welche letztere bereits von einem höchsten Willen einheitlich beherrscht wird, und aus der sich durch Hinzukommen des weiteren Momentes der Sesshaftigkeit auf einem abgegrenzten Theile der Erdoberfläche der Staat herausbildet.

Der Stamm und das zum Staate verbundene Volk haben das Merkmal der Vereinigung d. h. des Beherrscht-

seins durch einen obersten Willen mit einander gemeinsam. Dieser höchste Wille ist für sie logisches Erforderniss. Denn da das Getrenntsein der menschlichen Individuen auf der Verschiedenheit ihres Wollens beruht, so kann die Vereinigung derselben durch nichts Anderes geschehen, als durch die Aufhebung dieser Willensverschiedenheit. In welcher Weise dies vor sich geht, ist an dieser Stelle nicht zu erörtern. Es genügt, die logische Notwendigkeit des Gedankens betont zu haben, dass der eine menschliche Vereinigung beherrschende Wille ein einheitlicher, untheilbarer sein müsse.

Das Unterscheidungsmerkmal zwischen Stamm und Staat liegt lediglich darin, dass jener nicht festen Sitz auf einem bestimmten Grund und Boden gefunden hat, wol aber Letzterer.

Für den Staat haben wir sonach als begriffliche Erfordernisse gewonnen:

1) Land und Leute, welche
2) ein höchster Wille beherrscht.

Aus diesem Satze selbst erhellt klar, dass der Staat keineswegs der beherrschende Wille ist oder den beherrschenden Willen hat. Vielmehr ist er von demselben verschieden; er ist nicht der Wille, sondern dessen Gegenstand. Der Herrscherwille ist über dem Staate und das Unterworfensein unter denselben gibt Land und Leuten die staatliche Eigenschaft. Man nennt dieselben nur Staat, wenn sie beherrscht werden, ähnlich wie man die Sache nur Eigenthum nennt, wenn sie einen Herrn hat. Es ist daher ein wissenschaftlich durchaus verwerflicher Sprachgebrauch, welcher den Staat mit dem herrschenden Willen gleichsetzt, dem Staate einen Willen zuschreibt. Staat und Herrscher sind so sehr zweierlei, wie Eigenthum und Eigenthümer, was sich insbesondere darin zeigt, dass der Herrscher seine Herrschaft auch verlieren kann.

Aus jener verfehlten Anschauungs- und Sprechweise

ist aber eine zweite Auffassung des Staates hervorgewachsen, die eine nicht minder unhaltbare ist, wie die vom Staate als Organismus. Es ist dies die Auffassung des Staates als Persönlichkeit, wie sie insbesondere von Gerber und Stein eifrig vertreten wird. Ja Gerber (Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts 2. Aufl. 1869 S. 2) behauptet geradezu, es sei die Voraussetzung jeder juristischen Construction des Staatsrechts, dass man den Staat als ein persönliches Wesen betrachte.

Bei der Theorie vom Staatsorganismus wie bei der von der Staatspersönlichkeit handelt es sich um denselben Fehler: die Erhebung eines blossen Bildes, Vergleiches zum philosophisch- rechtswissenschaftlichen Grundsatze, eines Bildes, das mit allen andern die Schattenseite gemeinsam hat, dem bezeichneten Gegenstande nicht nach jeder Richtung gerecht zu werden.

Der Gedankengang, welchen die eben genannten Schriftsteller verfolgen, ist leicht erkennbar. Gleichwie der Leib — der materielle Theil des Menschen — von der Seele — dem geistigen Bestandtheile — beherrscht wird und dennoch beide den Einen Menschen bilden, so herrscht, meint man, über den Staatskörper (Land und Volk) der Staatswille, und beide sind nichts desto weniger der Eine Staat. „So ist der Staat die zur selbstbestimmten Persönlichkeit und damit zur äussern und innern Individualität erhobene Gemeinschaft.“ (Stein I S. 4.)

Dieses Gleichniss ist gewiss geistvoller als jenes ersterwähnte, welches den Staat als Organismus auffasst; aber es ist nichts desto weniger doch nur ein Gleichniss, das zu wissenschaftlichen Schlussfolgerungen nicht verwertet werden darf, wenn man die bedenklichsten Irrthümer vermeiden will. Wahr ist es, wenn Stein (a. a. O. S. 5) vom Staate sagt: „Er kann so wenig bewiesen und so wenig „begründet“ werden, als das Ich. Er ist er selber. Ich kann ihn, wie das Ich, nicht aus einem Andern entwickeln.“ Der

Staat wird eben wie das Ich durch sein Dasein bewiesen. Aber ganz gewiss falsch ist es, wenn der genannte Schriftsteller behauptet: „Der Staat ist eine — die höchste materielle — Form der Persönlichkeit.“ Persönlichkeit kommt nur den Menschen zu, oder — richtiger gesprochen — man nennt die den Menschen als das vernunftbegabte Wesen kennzeichnenden Merkmale seine Persönlichkeit. Persönlichkeit ist also nur ein Ausdruck für den Menschen nach einer bestimmten Seite seines Wesens. Wendet man nun diese Bezeichnung für etwas Nichtmenschliches an, so spricht man im Bilde, oder — wenn man dies nicht zugeben will — man bedient sich doch desselben Ausdruckes für zwei verschiedene Dinge, wodurch natürlich die Gleichheit dieser Dinge nicht hergestellt wird.

Es ist sonach ein logischer Fehler, den Staat als den Gegenstand der Herrschaft, mit dem Herrscher selbst zu verwechseln oder ihn gar mit Fröbel (Theorie der Politik. Wien 1861. I S. 109 f.) als etwas neben dem Herrscher und dem Volke selbständig Daseiendes zu bezeichnen, oder endlich — wie Stein thut — den Staat, als aus Gegenstand der Herrschaft (Staat) und Inhaber der Herrschaft bestehend, einheitlich zusammen zu fassen. Letzterer Gedanke findet sich übrigens schon bei Grotius de iure belli et pacis II, 9, 8: Imperium, quod in rege ut in capite, in populo manet ut in toto, cuius pars est caput. (Vgl. Brie, Legitimation einer usurpirten Staatsgewalt. Heidelberg 1866 S. 2). Er ist schon desshalb unrichtig, weil der Herrscher das die Einheit Bewirkende ist, also nicht selbst mit dem Staate die Einheit bilden kann.

Wir kommen hier auf das Problem, dessen Lösung wir uns oben vorbehielten, als wir den Satz aufstellten, es könne die staatliche Einigung nur durch Beseitigung des die Menschen trennenden Elementes, der Verschiedenheit des individuellen Wollens, also durch Herstellung einer Willenseinheit erzielt werden.

Die nun zu beantwortende Frage ist nemlich die, in welcher Weise diese Willenseinheit geschaffen, also die Staatsgemeinschaft hergestellt wird.

Wir haben dies im Allgemeinen schon dahin beantwortet, dass wir sagten, es werde im Staate über die individuellen Willen ein höchster gesetzt.

Ein höchster Wille würde sich nun allerdings daraus ergeben können, dass sämmtliche individuelle Willen übereinstimmen. Allein dies ist der menschlichen Natur nach nicht denkbar. Wäre dies der Fall, so brauchten die Menschen ihre Einigung im Staate nicht zu suchen, sie wäre schon da, der Staat wäre überflüssig.

Es muss daher der höchste Wille anderweitig beschafft werden. Dieser Wille kann aber nur wieder ein menschlicher sein, da auf Erden das vernunftgemäss wollende Wesen der Mensch ist. Das Abstractum „Staat“ kann nicht wollen, sondern nur der concrete Staat beherrscht werden. Es muss also innerhalb desselben menschlichen Individuen die Macht beiwohnen, *ihren* Willen als den über die Gemeinschaft massgebenden zu setzen, es müssen menschliche Individuen über die Gemeinschaft *herrschen*. Wie viele Individuen das sind, ob eines oder ob mehrere, ist grundsätzlich gleichgiltig. Nur wiederholt sich bei einer Mehrzahl von herrschenden Personen dasselbe Verhältniss, welches sich schon bei der ganzen Gemeinschaft dargestellt hat: die individuelle Verschiedenheit des Wollens. Diese Verschiedenheit wird in naturgemässer Weise entweder dadurch beseitigt, dass der übereinstimmende Wille der Mehrheit als der Herrscherwille über die Gesammtheit gilt, oder dadurch, dass die verschieden wollenden Individuen (Mehrheit und Minderheit) auf dem Wege des Ausgleichs zu einem gemeinsamen Willen gelangen.

Es ist sonach immer und allezeit der Herrscherwille ein Wille *über* den Staat, nicht ein Wille *des* Staates und

in der Verkennung dieses Verhältnisses liegt das Fehlerhafte des Bildes von der Staatspersönlichkeit.

Eine Lostrennung des staatlichen Willens von dem individuellen, „eine Gemeinschaft der Menschen ausserhalb und über dem Willen der Gemeinschaft selbst, ein selbständiges Dasein der Gesammtheit sich selbst gegenüber," findet daher nie und nirgends statt; vielmehr ist dies geradezu logisch undenkbar. Auch Gerber (Ueber öffentl. Rechte 1852 S. 52) erkennt dies an, wenn er sagt: „So sehr man sich auch in der neueren Rechtssprache gewöhnt hat, die Staatsgewalt und ihre einzelnen Zweige als Rechte des Staats zu bezeichnen, . . . so wird man sich doch bei näherer Prüfung dazu gedrängt sehen, diesen Sprachgebrauch wenigstens nicht als juristisch gerechtfertigt zu betrachten."

Der Herrscherwille nun hat, obschon er kein andrer als ein individuell menschlicher sein kann, doch ein eigenthümliches Merkmal, das ihn vom gewöhnlichen Willen scharf unterscheidet. Und dies ist der Punkt, an welchem die Bestimmung des Staates zur weittragendsten Bedeutung kömmt.

Da die menschliche Handlung, als Handlung eines vernunftbegabten Wesens stets einen Zweck verfolgt, so hat auch der durch menschliche Willensäusserung hervorgerufene Staat einen Zweck und zwar keinen andern als den, die Gesammtinteressen der in ihm vereinigten Menschen zu verfolgen. Darum ist der staatbeherrschende Wille seinem Zwecke nach kein egoistischer, der Herrscher hat als solcher nicht individuelle Interessen, sondern die Gesammtinteressen der Staatsangehörigen wahr zu nehmen. „Salus populi suprema lex esto." Diese Schranke des Herrscherwillens ist aber keine rechtliche, da das Recht erst vom Herrscher seinen Ausgang nimmt, sondern eine natürliche d. h. aus der Natur der Herrschaft selbst abgeleitete. Sobald daher der Wille des Herrschers diese seine natürliche Schranke

überspringt, zum egoistischen wird (Tyrannis, Classenherrschaft) und sich in Gegensatz zu den Gesammtinteressen der Staatsangehörigen stellt, vernichtet er die Grundlage des Staates und gerät mit seinem eigenen Wesen in Widerspruch. Die staatlich vereinigten Individuen finden sich nicht mehr staatlich beherrscht, die Gesellschaft sieht sich an den Ausgangspunkt ihres staatlichen Daseins zurückversetzt. Die Folgerung aus dem Widerspruche, in den sich der Herrscher mit dem Zwecke seiner Herrschaft gesetzt hat, zieht die Gesellschaft in der Revolution.

Die gleiche Wirkung muss aus gleicher Ursache auch dann eintreten, wenn der Herrscher zwar nicht egoistisch, aber doch zweckwidrig will.

Die Revolution ist sonach der Act, in welchem die Individuen die verloren gegangene staatliche Einigung wieder suchen; sie ist darum — in diesem wissenschaftlichen Sinne — nicht Rechtsbruch, sondern Schaffung der Grundlage für eine neue Staats- und Rechtsbildung. Ebenso wenig ist aber auch das Verhalten des Herrschers selbst, welches Ursache der Revolution ist, ein rechtswidriges. Denn derjenige, von dem das Recht ausgeht, steht über dem Rechte. Der Herrscher, welcher die sinnlosesten Gesetze gibt, hat das Recht nicht verletzt; denn Recht entstammt seinem Willen. Aber er hat gegen die eigene Natur seiner Herrschaft gesündigt. Das staatswidrige Handeln des Herrschers und die Revolution der Gesellschaft fallen beide aus den Grenzen des Rechtes hinaus. (Vgl. hiezu Gerber, Grundzüge etc. S. 304.)

Es ist uns erfreulich, den hier entwickelten Gedankengang in einem Buche, das wir so hoch stellen, wie Bähr's Rechtsstaat, angedeutet zu finden. Auch Bähr sagt (S. 50), dass, soweit die Thätigkeit des Herrschers in Schaffung des Rechts — in abstracto oder in concreto — besteht, ein weiterer Rechtsschutz hiegegen nicht möglich ist. „Wir können ein Gesetz vom Standpunkte des allgemeinen Rechts-

bewusstseins als ungerecht, wir können einen Richterspruch als unrichtig bezeichnen. Aber die Frage, ob der Staat (Herrscher) durch Gesetz oder Richterspruch Rechte verletzt habe, kann mit dem Anspruche eines dagegen zu gewährenden Rechtsschutzes innerhalb des Staates nicht zum Austrage gebracht werden, da ja Gesetz und Richterspruch die letzte formale Quelle des Rechts, gewisser Massen das Recht selbst bilden, also nicht wiederum nach einem höheren Rechte bemessen und mittelst eines höhern Richterspruchs geprüft werden können. Auch der Satz, dass die Gesetzgebung wolerworbene Rechte nicht verletzen dürfe, ist nur eine moralische Schranke für die Factoren der Gesetzgebung, nicht ein Rechtssatz."

Wir müssen hier, in Anknüpfung an die Gedanken Bähr's, noch eine wissenschaftliche Wahrheit zum Ausdrucke bringen, welche sich — aus einer Art heiliger Scheu, die wir achten, aber nicht theilen können, — nirgends hinlänglich hervorgehoben findet. Und diese Wahrheit ist, dass Recht und Moral nicht nur, wie man gewöhnlich sagt, keine deckenden Begriffe sind, sondern dass sie auch geradezu in Gegensatz treten können. Es ist möglich, dass ein Rechtsgebot mit einem Verbot der Moral, dass ein Rechtsverbot mit einem Sittlichkeitsgebot in Widerstreit kömmt. Diese Möglichkeit ergibt sich aus der von Bähr richtig betonten absoluten Natur der Herrschaft und aus dem Wesen des Rechtes als eines Machtbegriffes. Man kann sonach nicht allgemein jede Rechtswidrigkeit als Unsittlichkeit bezeichnen, sondern muss zugeben, dass im gegebenen Falle das Rechtswidrige sittlich, das Rechtmässige unsittlich sein könne. Es hat aber der Begriff der Sittlichkeit seine Wurzel im subjectiven Bewusstsein des Menschen und darum ist auch er kein ewiger, unabänderlicher. Was zu einer Zeit und bei einem Volke als sittlich gilt, kann zur andern Zeit und bei einem andern Volke als unsittlich erachtet werden. Der Kampf zwischen Recht und Sittlichkeit wird als Machtfrage

gelöst. Ist ein sittliches Bewusstsein im ganzen Volke oder in einem stärkern Theil desselben lebendig und fühlt es sich durch den Herrscherwillen verletzt, so tritt jener Vorgang ein, welchen wir oben als Revolution bezeichneten. Ist dagegen dieses Gefühl nur in einzelnen oder in solchen Individuen vorhanden, welchen die physische Möglichkeit fehlt, das widerstreitende Recht an seiner Wurzel, der Macht, anzugreifen, dann entsteht ein Zwiespalt voll der erschütterndsten Tragik. Ein Blick auf die Geschichte der Menschheit zeigt uns derartige Vorgänge in trauriger Fülle. Die Tausende, welche von den Ketzerfeuern des Mittelalters verzehrt wurden, fielen dem Widerspruche zwischen Recht und Sittlichkeit zum Opfer. Jene Unglücklichen hatten in der That rechtswidrig gehandelt; aber welch ein empörendes Recht war es, das sie verletzten! Es war das Recht, das menschliche Glieder in Sclavenketten band, und wer möchte es wagen, den Sclaven zu schelten, der, dies Recht brechend, seine Freiheit zu erringen suchte? Weit tragischer ist es, in solchen Fällen die Sittlichkeit der Gewalt des Rechtes unterliegen zu sehen, als das umgekehrte Schauspiel zu beobachten. Wo dieser Kampf aber ausgefochten wird, da handeln die Träger des Streites aus innerer Notwendigkeit, jeder wie von einem dämonischen Geiste getrieben.

Es ist die Königin der Tragödien des Alterthums, Antigone, welche diesen Zwiespalt des sittlichen Gefühls und der Macht des Rechtes zum Gegenstande hat. In Antigone selbst ist das sittliche Gebot, im Könige Kreon das Recht verkörpert.

Roh, aber richtig bringt der König (V. 666 f.) den Grundgedanken des Rechtes zum Ausdrucke:

'Αλλ' ὃν πόλις στήσειε, τοῦδε χρὴ κλύειν,
Καὶ σμικρὰ καὶ δίκαια καὶ τἀναντία.

Doch als er Antigone gefragt hatte (V. 449 ff.):

Καὶ δῆτ' ἐτόλμας τούσδ' ὑπερβαίνειν νόμους;

bekam er die Antwort zu hören:

Οὐ γάρ τί μοι Ζεὺς ἦν ὁ κηρύξας τάδε
οὐδ' ἡ ξύνοικος τῶν κάτω θεῶν Δίκη,
οὐδὲ σθένειν τοσοῦτον ᾠόμην τὰ σὰ
κηρύγμαθ' ὥστ' ἄγραπτα κἀσφαλῆ θεῶν
νόμιμα δύνασθαι θνητὸν ὄνθ' ὑπερδραμεῖν.

Das heisst in's Christliche übersetzt: Man muss Gott mehr gehorchen als den Menschen. Wäre der Gedanke der königlichen Jungfrau mit gleicher Kraft in den Herzen der thebanischen Männer lebendig gewesen, so hätte dies Kreon die Krone gekostet. Allein die Macht war des Königs und Antigone ging unter.

So hat Sophokles in dieser Tragödie, „Gottes Gesetz darstellend im Kampf mit menschlicher Satzung", nicht nur „der tragischen Kunst innerste Tiefen erschöpft" (Platen), sondern auch — mit jenem unwillkürlichen Schauen der Wahrheit, welches dem Genius eigen ist — unserer Wissenschaft eine Lehre gegeben, aus der sie die Erkenntniss ihres Wesens schöpfen kann.

Nicht der Zweck des Rechtes ist es freilich, dem Interesse oder dem sittlichen Gefühle feindlich entgegen zu treten, aber dadurch, dass es dies thut, hört es noch nicht auf, Recht zu sein. Denn der Grund des Rechtes ist die Herrschaft, der Grund der Herrschaft ist die Macht.

Wenn wir nemlich oben den Staat eine Thatsache nannten, so ist diese Bezeichnung nicht minder für die Herrschaft angemessen. Auch diese ist eine gegebene Thatsache, welche unabhängig von ihrem Entstehungsgrunde betrachtet werden kann. Insbesondere erscheint es nicht als notwendig, die Befugniss zu herrschen von einem Uebertragungsacte der Beherrschten, also einer Art Unterwerfungserklärung abhängig zu machen und abzuleiten. Es wäre dies eine Auffassung, die sich schon durch einen flüchtigen Blick auf die Geschichte widerlegt. Am Allerwenigsten aber darf die Herrschaft als auf einem Auftrage beruhend gedacht werden, da dann als der höchste Wille derjenige er-

scheint, in dessen Dienste der andere Wille thätig wird. Die Herrschaft ist lediglich die Thatsache der Macht über den Staat, eine Thatsache, aus welcher sich das Recht erst erzeugt. Dies erkennt auch Brockhaus (das Legitimitätsprincip. Leipzig 1868 S. 327) an, wenn er den Besitz der Staatsgewalt als das für die Herrschaft entscheidende Moment bezeichnet.

Das Recht ist nicht vor dem Staate, sondern erst im Staate da. Es ist aber das Recht nichts Anderes, als die Gesammtheit der Bestimmungen, wodurch der herrschende Wille das staatliche Zusammensein von Menschen ordnet. Die Quelle des Rechtes ist also der Herrscherwille und es erhellt schon daraus, dass dieser Wille selbst nicht Recht sein kann.

Es liegt nahe, hiegegen einzuwenden, dass ja das Gewohnheitsrecht ein Recht sei, welches nicht dem Herrscherwillen sein Dasein verdanke. Allein dieser Einwand ist kaum zutreffend. Auch das Gewohnheitsrecht erhält nur durch den Willen des Herrschers seine bindende Kraft: die Gewohnheit an sich bildet nie Recht, sondern sie wird erst durch die Anerkennung des Herrschers zum Gewohnheitsrechte. Fehlt ihr diese ausdrückliche oder stillschweigende Billigung des Herrschers, dann vermag es die Gewohnheit nie, sich aus eigner Kraft in Recht zu verwandeln. (Handelsgesetzbuch — Strafgesetzbuch.) Hätte das Gewohnheitsrecht den Grund seiner Geltung nicht im Herrscher, wie könnte dieser ein Recht aufheben, das nicht in ihm seine Quelle hat? Auch dass durch Gewohnheitsrecht das Gesetz geändert werden kann, spricht nicht gegen unsere Ansicht. Denn diese Wirkung tritt nur ein, wo der Herrscher sie zulässt, nie wo er sie ausschliesst. Begrifflich ist es ja durchaus nicht nötig, dass der Herrscher das Recht unmittelbar selbst gibt, und so gut er die Befugniss, Ge-

setze zu erlassen, übertragen kann, kann er auch dem gewohnheitsmässigen Handeln engerer oder weiterer Kreise von Staatsangehörigen rechterzeugende Kraft beilegen.

Es ist aber nicht blos dieses Verhältniss denkbar. Es kann, was man Gewohnheitsrecht nennt, auch geradezu unmittelbarer Wille des Herrschers sein. Dies ist dann der Fall, wenn die Herrschaft im Volke ruht. Die römischen Juristen erklären das Gewohnheitsrecht aus keinem andern als diesem Gesichtspunkte. So sagt Julianus (l. 32 § 1 D. 1, 3): „Inveterata consuetudo pro lege non inmerito custoditur, et hoc est ius, quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes; nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.“

Wenn man diese Rechtfertigung des Gewohnheitsrechtes einfach auf die Einherrschaft überträgt, so ist das eben gedankenlos. Für diese letztere passt nur die von uns vertretene Auffassung. Das Gewohnheitsrecht in diesem Sinne ist freilich nicht das Schoskind der historischen Schule. Dennoch aber ist es unumstössliche Wahrheit: es gibt kein Recht ohne den Herrscher, über dem Herrscher oder neben dem Herrscher; es gibt nur ein Recht durch den Herrscher.

Darum hat es auch rechtswissenschaftlich keinen Sinn, von einer Legitimität der Herrschaft zu reden. Denn es ist keine lex denkbar, nach welcher die Herrschaft legitima, gesetz- oder rechtmässig sein sollte. Der Herrscher, welcher sich für legitim erklärt, versucht das Münchhausen'sche Kunststück, sich am eignen Schopfe aus dem Sumpfe zu

ziehen. Aus dem Gefühle dieser Wahrheit ist der Begriff des Königthums von Gottes Gnaden im legitimistischen Sinne entstanden. Man wollte für die Einherrschaft eine höhere Weihe, einen Rechtstitel haben und bedurfte daher einer Rechtsquelle. Liess man diese eine menschliche sein, etwa wie Klüber (öffentl. R. § 98) sagt: „Legitim ist nur das Staatsoberhaupt, dem die Ausübung der Staatsgewalt vermöge eines Rechtstitels zusteht," so erkannte man die betreffenden Menschen als Urheber des Rechtes, folglich als die wahren Träger der Herrschaft an, erzielte also das Gegentheil des gewünschten Erfolges. So griff man denn, um ein Herrscherrecht begründen zu können, in die Wolken und leitete die Herrschaft unmittelbar von Gott her. Die Wissenschaft hört hier natürlich auf und der religiöse Glaube beginnt.

Bei der Beratung der französischen Charte von 1814 konnte man in dieser Beziehung merkwürdige Aeusserungen hören. Viel-Castel (Histoire de la restauration. Paris 1860. I p. 416) berichtet: „Les auteurs, partant de ce principe, que la royauté préexistait aux autres institutions, qu'elle les dominait toutes et que tout émanait d'elle, ne crurent pas même devoir énoncer ce fait primordial. Ils eussent craint, en inscrivant dans la Charte les droits essentiels de la monarchie, de paraître les faire découler de cette loi et les subordonner à son existence." Bei den Commissionsverhandlungen kam dann dieser Punkt neuerdings zur Sprache „La discussion s'engagea d'abord sur cette question: Convenait-il, comme on en avait eu d'abord la pensée, de placer en tête de la Charte la déclaration . . que le gouvernement français était monarchique et la couronne héréditaire de mâle en mâle dans la maison de France, par ordre de primogéniture? M. Boissy d'Anglas était de cet avis, mais l'abbé de Montesquiou (Minister des Innern) lui répondit que c'étaient là des principes fondamentaux antérieurs à toutes les

lois et qu'on ne pouvait affaiblir en les soumettant à une délibération et à un vote.“ (a. a. O. S. 422 f.) Darin also, dass die Herrschaft auf keinem Rechtsgrunde beruhen könne, dass sie jedem Gesetze vorgängig da sei, stimmt die legitimistische Ansicht mit uns überein; allein sie zieht die hieraus zwingend sich ergebende Folgerung nicht, dass die Herrschaft, ebenso wie der Staat, lediglich eine Thatsache ist. Hat man bezüglich des Staates die Richtigkeit des von uns aufgestellten Satzes einmal zugestanden, dann muss man denselben logischer Weise auch für die Herrschaft anerkennen.

Zudem erprobt sich dieser Satz durch die ganze Geschichte der menschlichen Gattung, welche die Erscheinung aufweist, dass ein Herrscher seine Herrschaft jedesmal verlor, wenn die Thatsache seiner Macht über den Staat wegfiel, und dass er die verlorene Krone nur wieder erhalten konnte, wenn er jene Macht neuerdings zu erlangen wusste. Bekam er diese thatsächliche Gewalt nicht mehr, so nützte es ihm niemals das Mindeste, dass er sich selbst legitim genannt hatte. (Vgl. Brockhaus, a. a. O. S. 326 u. 327.)

Dieses ist die einfache wissenschaftliche Wahrheit, welche, zum grossen Unheil der Völker lange missachtet, in dem modernen völkerrechtlichen Satze von der Anerkennung der vollendeten Thatsache (fait accompli) ihre praktische Bestätigung gefunden hat.

In dem Grundgedanken, aus welchem wir unsere Folgerungen ableiten, stimmt auch Gerber mit uns überein Er sagt (Ueber öffentl. Rechte S. 21) ganz richtig, das Recht habe den Staat nicht in's Dasein gerufen, es setze ihn als vorhanden voraus.

Und eben darum ist es ein Irrthum, noch grösser als die beiden bereits erörterten, den Staat in die Kategorie

der juristischen Personen zu stellen und hiemit sein Wesen für erschöpft zu halten.

Es haben aber alle jene verfehlten Auffassungen, welche bei grundlegenden Untersuchungen über den Staat so reichlich zu Tage zu treten pflegen, ihren gemeinschaftlichen Ursprung in der Scheu vor einer nüchternen Betrachtung der thatsächlich gegebenen Verhältnisse und in dem Hange zu einer idealisirenden, in Bildern und Symbolen sich gefallenden Anschauungsweise, welche für menschliche Dinge, die doch schliesslich ihre einfach-natürliche, ja physische Ursache haben, eine höhere und erhabenere Begründung suchen zu müssen glaubt.

Wohin diese Art und Weise selbst bei den klarsten Geistern führen muss, dafür haben wir Beispiele in Menge. Wir denken hier nicht an Bluntschli und dessen Staatsnaturlehre. Aber selbst ein scharfer Denker wie Stein kann sich dem Einflusse jener falschen Symbolik nicht entziehen und er kömmt (I S. 9) sogar dazu, das „Ich" des Staates von dem „Willen" des Staates zu trennen und beiden je ein selbständiges „Organ" zuzuweisen, von welchen das eine das Staatsoberhaupt, das andere der gesetzgebende Körper sein soll. Ist das etwas Anderes als ein bloses Spielen mit Ideen? Sicher nicht. Denn es lässt sich mit diesen Gedanken schlechterdings nichts anfangen, sie sind, so sehr sie die Phantasie anregen mögen, für die Wissenschaft unfruchtbar, ja sogar schädlich, da sie die Begriffe verwirren. Wie wäre es sonst möglich, dass Stein (I S. 13) in einem Schema, welches er aufstellt, unter dem Begriffe Staat „Gesetzgebung, Staatsoberhaupt und Verwaltung" einander nebenordnet?

Sollen wir unsrerseits in einem Vergleiche ausdrücken, wie sich uns der Irrthum, eine Gesammtheit

menschlicher Persönlichkeiten, den Staat, wieder als Persönlichkeit zu fassen, darstellt, so möchten wir auf jene Volkssage vom Heerwurm hinweisen, der in Wirklichkeit nichts Anderes ist als eine unendliche Menge lebender Wesen, die nach einem gemeinsamen Triebe gleich einem einzigen Geschöpfe sich bewegen. Die Täuschung, in welcher unsere Bauern und jene, in welcher unsere Rechtslehrer befangen sind, haben eine starke Verwandtschaft.

II. Abschnitt.

Die Thätigkeit des Herrschers.

Die staatliche Gemeinschaft der Menschen kann sich naturgemäss nur auf das äussere Leben erstrecken, nicht auf das innere; sie kann sich nur auf die menschlichen Handlungen, auf die Bethätigung des menschlichen Willens in der Aussenwelt beziehen. Und darum ergreift auch die Ordnung, wodurch der herrschende Wille das staatliche Zusammensein der Menschen regelt, die Rechtsordnung, nur das äusserliche Leben, die Thätigkeit der Individuen. Jeder Versuch des Herrschers, über diese Schranke hinauszugehen, bringt ihn in Widerstreit mit der Natur seiner Herrschaft selbst. Die Gewissensfreiheit ist also etwas der staatlichen Gemeinschaft Natürliches.

Indem der Herrscher in der Rechtsordnung die Grundsätze aufstellt, nach welcher die staatlich vereinigten Menschen in der Aussenwelt neben einander sich zu bewegen haben, steckt er sich zugleich selbst die Grenzen seiner Aufgabe. Diese Grenzen aber werden concret bestimmt durch die jeweilige Anschauung von dem gemeinschaftlichen Interesse des Volkes; sie werden darum nach Zeit und Ort enger oder weiter gezogen sein. Es wird ferner der gesellige Trieb, auf welchem die Staatsbildung beruht, auch innerhalb des Staates in beschränkteren Kreisen wirken und Vereinigungen in's Leben rufen, welche gemeinsame Interessen einer Anzahl von Staatsangehörigen analog verfolgen, wie die staatliche Vereinigung jene der Gesammtheit.

Die Thätigkeit des Herrschers, wodurch derselbe das

staatliche Zusammensein der Menschen ordnet, ist die Gesetzgebung.

Deren Aufgabe aber ist eine zweifache. Sie hat einmal das Handeln der einzelnen Menschen bei Wahrnehmung ihrer persönlichen Interessen in der Art zu regeln, dass kein Zusammenstoss zwischen den ihre Sonderinteressen verfolgenden Individuen stattfindet; sie hat also das Handlungsgebiet der einzelnen Menschen unter sich abzugrenzen. Dies ist die nächste und dringendste Aufgabe der Gesetzgebung, die Privatrechtsordnung, welche sich daher geschichtlich im Staate am Frühesten entwickelt.

Erst diese Versöhnung der individuellen Gegensätze, die Ausschliessung feindlichen Handelns, macht ein gemeinsames Handeln und daher die Erfüllung der Hauptaufgabe des Staates möglich. Die Versöhnung der individuellen Interessen ist die Voraussetzung für die Verfolgung der gemeinsamen Interessen.

Die Feststellung der Normen für die Wahrnehmung der gemeinschaftlichen Zwecke ist die zweite Aufgabe der Gesetzgebung und diese Feststellung geschieht durch die öffentliche Rechtsordnung. Diese bestimmt, welche Interessen als gemeinschaftlich zu erachten sind und setzt damit die rechtliche Grenze zwischen diesen und den Privatinteressen fest; sie bestimmt sodann weiter die Art und Weise, wie diese gemeinschaftlichen Interessen zu verfolgen sind.

In der Privat- und in der öffentlichen Rechtsordnung hat sonach der Herrscher die Kundgabe seines Willens über den Staat, seines Staatswillens erschöpft.

Damit aber hat er seiner ganzen Aufgabe nicht genug gethan. Denn es reicht nicht aus, dass er seinen Willen erklärt, das Recht setzt, ohne sich darum zu bekümmern, ob diesem Willen gemäss auch gehandelt wird. Er wird vielmehr auch darauf zu sehen haben, dass sein Wille zur That wird. Mit dem Staatswillen des Herrschers muss

sich demnach unzertrennlich seine Staatsgewalt, d. i. die Fähigkeit machtvoller Durchführung des von ihm Gewollten, verknüpfen. Der Herrscher muss seines Rechtes pflegen, es verwalten: neben die Gesetzgebung tritt als deren Verwirklichung die Verwaltung.

Diese letztere ist sonach nichts Anderes als die Ausführung des durch die Gesetzgebung kund gewordenen Herrscherwillens.

Indem es nun der Verwaltung obliegt, für die Realisirung der Rechtsordnung Sorge zu tragen, erwächst ihr eine vierfache Aufgabe.

1. Sie hat die Einhaltung der Grenzen, welche dem Einzelnen bei Wahrnehmung seiner Privatinteressen gegenüber den Privatinteressen seiner Mitmenschen gesteckt sind, zu erzwingen — Privatrechtspflege.

2. Sie hat ferner die Beobachtung jener Grenzen, welche der Staatswille bei Verfolgung der Gesammtinteressen sich selbst und jener, welche er der Verfolgung der Privatinteressen gegenüber den Gesammtinteressen gesteckt hat, durchzusetzen — öffentliche Rechtspflege.

3. Sie hat weiter die durch den Staatswillen aufgestellten Zwecke wirklich zu verfolgen und die gemeinsamen Interessen zu pflegen — sog. innere Verwaltung.

4. Da ferner der Herrscher zur Durchführung der ihm gestellten Aufgaben in der Aussenwelt auch der materiellen Mittel bedarf, welche aus den durch die öffentliche Rechtsordnung zu bestimmenden Quellen fliessen, so erscheint die Erhebung, Verwaltung und Verwendung dieser Mittel als eine weitere Thätigkeit des Herrschers und bildet den Begriff der Finanzverwaltung.

Die beiden ersten staatlichen Funktionen pflegt man als Rechtspflege (Justiz), die beiden letztern als Verwaltung i. e. S. zusammen zu fassen.

Diese ganze Thätigkeit aber enthält jedesmal wieder zwei Momente in sich: einmal die Anwendung der Rechts-

ordnung auf den concreten Fall, welche mit der Erklärung abschliesst, dass die Rechtsordnung eine That verlange — Spruch (richterliches Urtheil, Verfügung der Verwaltung); sodann die thätige Durchführung des gefällten Spruches — Vollziehung.

Spruch und Vollziehung sind also der gesammten Staatspflege, der Privat- und der öffentlichen Rechtspflege, der innern und der Finanzverwaltung, gemeinschaftliche Momente.

Es ergibt sich sonach für die Darstellung der staatlichen Thätigkeit des Herrschers folgendes Schema:

I. Gesetzgebung.

1. Privatrechtsordnung.
2. öffentliche Rechtsordnung.

II. Verwaltung.

1. Privatrechtspflege.
   a. Spruch.
   b. Vollziehung.
2. Oeffentliche Rechtspflege.
   a. Spruch.
   b. Vollziehung.
3. Innere Verwaltung.
   a. Spruch.
   b. Vollziehung.
4. Finanzverwaltung.
   a. Spruch.
   b. Vollziehung.

Die Art und Weise, wie die Gesetzgebung durch die Verwaltung sich zu verwirklichen hat, ist durch die Gesetzgebung selbst zu bestimmen und zwar, wie schon erwähnt, durch die öffentliche Rechtsordnung.

Diese hat die Organe zu bezeichnen, welchen die Durchführung der staatlichen Aufgaben (der Gesetzgebung wie der Staatsverwaltung) anvertraut werden soll — Verfassungsrecht.

Sie hat ferner zu regeln, wie diese Organe thätig werden sollen — Recht des Verfahrens (in der Gesetzgebung, der Rechtspflege, der Verwaltung).

Als drittes Gebiet der öffentlichen Rechtsordnung erscheint alsdann das bereits oben dargelegte: die Festsetzung der durch die Beziehung zum Staate entstehenden Rechte — öffentliches Recht im engern Sinne. —

Wir haben in Bezug auf Gesetzgebung und Verwaltung bisher den einfachsten Fall angenommen, den nemlich, dass der Spruch der Verwaltung (Urtheil, Verfügung) unmittelbar an das Gesetz anknüpfen könne.

Es ist aber noch ein anderer Fall denkbar, wo der gesetzgeberische Wille Behufs seiner Vollziehung im Spruche einer ordnenden Zwischenthätigkeit bedarf.

Die Darlegung dieses Verhältnisses macht es nötig, dass wir etwas weiter ausholen.

Das Verhältniss von Gesetzgebung und Verwaltung im Staate ist entweder

1) in der Weise denkbar, dass der Herrscher beide Thätigkeiten allein wahrnimmt, sich lediglich gehorchender Vollzugsorgane bedienend (Selbstherrschaft, Despotie); oder

2) so, dass der Herrscher unmittelbar die Gesetze gibt, die Spruch- und Vollziehungsgewalt dagegen zur freien Wahrnehmung innerhalb der Schranken des Gesetzes an selbständige Organe (Gerichte; Haupt der Vollzugsgewalt) überträgt (Freistaat); oder auch

3) in der Art, dass er sämmtliche staatlichen Aufgaben, die Gesetzgebung, Rechtspflege und Verwaltung an gesonderte Organe überlässt, sich selbst nur die Bezeichnung der tauglichen Persönlichkeiten für diese Thätigkeiten vorbehaltend (Freistaat); oder endlich

4) in der Weise, dass zwar der Herrscher grundsätzlich alle drei Gebiete der staatlichen Thätigkeit in seiner Hand vereinigt, dass jedoch nur in Bezug auf die Verwaltung

im engern Sinne den Willen allein massgibt, während er in der Gesetzgebung an andre Willen und deren Mitwirkung gebunden und die Rechtspflege selbständigen Organen anvertraut ist, die zwar in Vollmacht des Herrschers, aber von dessen persönlichen Willen unabhängig handeln: verfassungsmässige Einherrschaft, sog. constitutionelle Monarchie.

In den beiden letzten Fällen pflegt man fälschlich von einer „Theilung" der Gewalten, séparation constitutionelle des pouvoirs zu sprechen.

Bei der von uns als Selbstherrschaft bezeichneten Regierungsform liegt das Verhältniss von Gesetzgebung und Verwaltung einfach. Der zugleich verwaltende Gesetzgeber kann bei jedem einzelnen Vorkommniss Anlass zu gesetzgeberischer Thätigkeit nehmen und daher in der Verwaltungsverfügung selbst das Recht abändern. Hier ist sonach zur Durchführung des Gesetzes in Spruch und Vollziehung eine vermittelnde Thätigkeit nicht nothwendig.

Anders da, wo Gesetzgebung und Verwaltung getrennt sind.

Der Gesetzgebung des Freistaates und der verfassungsmässigen Einherrschaft ist, da eine Vielheit von Menschen an ihr betheiligt ist, eine grössere Stetigkeit und Schwerfälligkeit eigen, welche mit den Verhältnissen des Lebens nicht immer gleichen Schritt zu halten vermag. Sie bedarf daher zu ihrem Vollzuge eines beweglicheren und biegsameren Elementes in denjenigen Punkten, welche zwar eine grundsätzliche Regelung, aber nicht auf eine längere Zeit und nicht in so unveränderlicher Weise zulassen. In diesen Punkten wird demnach der gesetzgebende Herrscherwille seine Norm nur in den allgemeinsten Grenzen feststellen, den Vollzug dieser Ordnung dagegen der verwaltenden Thätigkeit überlassen. Die Verwaltung könnte nun zwar diese Unbestimmtheit bei Entscheidung der einzelnen Fälle beseitigen; allein gerade die eigenthümliche, eben erwähnte Na-

tur jener Punkte ergibt als die angemessenere Lösung die durch allgemeine Verwaltungsnorm — Vollzugsverordnung. Während also das Gesetz die der Verwaltung gesetzte Schranke ist, ist die Verordnung die Norm, welche die Verwaltung sich selbst setzt, und durch die der verwaltende Wille nur in so weit und nur in so lange gebunden ist, als er selbst will. Daraus ergibt sich, dass die Verordnung nie, wie das Gesetz, Rechte erzeugen kann. Auch bei der einzelnen Verfügung kann der oberste verwaltende Wille, ganz wie in der Despotie der Gesetzgeber, von der eigenen Norm abgehen, sie ändern.

Der Unterschied zwischen den wissenschaftlichen Begriffen des Gesetzes und der Verordnung ist sonach ein schwer zu verkennender. Freilich schliesst dies nicht aus, dass Wissenschaft und Praxis in diesem Punkte eine grosse Verwirrung der Gedanken zeigen.

Ihren Grund hat dieselbe in der geschichtlichen Entwickelung des constitutionellen Staates, welch letzterer seine Entstehung der Theorie von der Trennung der Gewalten verdankt. Diese Theorie stellte die Forderung auf, dass der Herrscher in Ausübung der Gesetzgebung an die Mitwirkung einer Vertretung des Volkes (sog. gesetzgebende Factoren) gebunden sein solle, wogegen er die Verwaltung (im engern Sinne) selbständig wahrzunehmen habe. Erst mit Durchführung dieser Trennung konnte in der Einherrschaft der Unterschied des Gesetzes und der Verordnung überhaupt auftreten.

Wollte man nun den Grundsatz der Theilung der Gewalten folgerichtig durchführen, so musste man die gesammte Rechtsordnung den „gesetzgebenden Factoren“, die gesammte Verwaltung dem „Staatsoberhaupte“ allein zuweisen, sonach den Satz aufstellen, dass das Staatsoberhaupt nur zur Vollziehung der Gesetze selbständig thätig werden könne, und andrerseits aussprechen, dass die „gesetzgebenden Factoren“ mit der Vollziehung der Gesetze niemals betraut sein sollen.

Diese Ausscheidung wurde aber thatsächlich nicht vorgenommen, vielmehr traten in den constitutionellen Staaten Ausnahmen nach beiden Richtungen hervor. Ganze Gebiete der Gesetzgebung nemlich, z. B. die Organisation der Behörden, blieben der alleinigen Regelung durch den Herrscher anheimgegeben, und andrerseits wurde derselbe in manchfachen Gegenständen der verwaltenden Thätigkeit an die Mitwirkung der gesetzgebenden Körper gebunden (Finanzverwaltung).

Diese thatsächlichen Verhältnisse verkennend, geriet die Wissenschaft in einen fehlerhaften Kreis und fasste die Begriffe des Gesetzes und der Verordnung rein äusserlich auf.

Alles, was unter Mitwirkung der gesetzgebenden Körper zu Stande kam, wurde Gesetz, jede allgemeine Norm, die der Herrscher ohne Mitwirkung jener Factoren erliess, Verordnung genannt. Und damit kam in diesen ganzen Rechtsstoff eine Verworrenheit ohne Gleichen. Man hatte kaum eine Ahnung von der gewaltigen petitio principii, die man sich zu Schulden kommen liess, und nahm an Begriffen wie denen der Notverordnung oder der Verordnung mit Gesetzeskraft nicht den mindesten Anstoss.

Und doch wäre zuvörderst zu untersuchen gewesen, ob das positive Staatsrecht bei der Theilung der Gewalten in der That die Gesetzgebung und Verwaltung folgerichtig auseinander gehalten hatte. Erst wenn man dies zu bejahen vermochte, durfte man jenes formelle Unterscheidungsmerkmal von Gesetz und Verordnung aufstellen.

Fand man aber bei jener Betrachtung, dass es Aufgaben der Gesetzgebung gebe, welche dem Herrscher allein zur Wahrnehmung überlassen geblieben seien, dann durfte man sich nicht verhehlen, dass in diesen Punkten der Herrscher eben noch absolut sei, dass sein alleiniger Ausspruch Recht begründe, gleichviel ob dieser Ausspruch sich wirklich Gesetz und nicht vielmehr Verordnung nenne.

Das dunkle Gefühl, dass sich die theoretische Forderung der Trennung von Gesetzgebung und Verwaltung in den thatsächlichen Verhältnissen nicht rein verwirklicht finde, gewann seinen Ausdruck in dem Schlagworte des „Rechtsstaates“. Denn dieses bezeichnet nichts Anderes als das Verlangen, dass der Herrscher in allen Aufgaben der Gesetzgebung an die Mitwirkung der parlamentarischen Körper gebunden werden, das Verlangen, dass der formelle (praktische) und materielle (wissenschaftliche) Begriff des Gesetzes sich decken solle.

Mit der Erfüllung dieser Forderung aber wäre im positiven Rechte der wissenschaftliche Satz auch im Ausdrucke zur Anerkennung gekommen, dass jede Verordnung Vollzugsverordnung sein muss, dass es zwischen dem, was wir Gesetz und dem, was wir Verordnung nannten, kein Drittes gebe.

Der Grundgedanke, auf dem die Verordnung beruht, ist folgender:

Statt denselben innern Vorgang der Erwägung bei allen einzelnen Fällen einer Gattung zu wiederholen, stellt der Verwaltende das Ergebniss dieser Erwägung im Vorneherein allgemein auf, was ihm, soweit er sich in den gesetzlichen Schranken bewegt, der Natur der Sache nach frei stehen muss.

Es unterscheidet sich sonach die Verordnung von der Verfügung dadurch, dass jene eine Classe von Fällen im Voraus zu regeln bestimmt ist, während diese sich nur auf den einzelnen Fall bezieht. Sie hat mit ihr gemeinschaftlich den Zweck der Gesetzesvollziehung. Der Unterschied ist also gewisser Massen ein quantitativer.

Die Verfügung kann ferner entweder an die Verordnung anknüpfen, diese ausführen, also mittelbare Gesetzesvollziehung enthalten, sie kann aber auch unmittelbare Verwirklichung des Gesetzes sein.

Das Urtheil d. i. die richterliche Verfügung kann da-

gegen seiner Natur nach nur unmittelbar das Gesetz anwenden; denn das Urtheil hat immer das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein von Rechten zum Gegenstande, Rechte aber werden durch die Verordnung nie erzeugt, eben so wenig, als Rechte durch dieselbe verletzt werden.

Auch die Verordnung, welche dem Gesetze zuwiderläuft, greift noch kein Recht an, sie ist lediglich eine unrichtige Erwägung des Verwaltenden. Erst wenn auf Grund der unrichtigen Erwägung ein unrichtiger Spruch erfolgt, ist ein Recht geschädigt. Die Rechtsverletzung liegt also im Spruche. Und gleichwie die Verordnung nicht Rechtsverletzung, sondern nur Beweggrund derselben ist, so kann auch, wenn es sich um Aufhebung der Verletzung handelt, Gegenstand dieser Aufhebung nur der Spruch sein, nicht der Beweggrund. Die Unrichtigkeit des Beweggrundes des Spruches kann in keiner andern als in der Form des Beweggrundes der Aufhebung auftreten (Vgl. Stein I. S. 372).

Wir werden später Gelegenheit haben, diese Ergebnisse logischer Folgerung bei der Darstellung des Verhältnisses der Rechtsprechung und der Verwaltung i. e. S. zu verwerten.

Um die Klarlegung des Begriffes und Wesens der Verordnung in ihrem Unterschiede vom Gesetze hat Stein sich die hervorragendsten Verdienste erworben. Nur verbindet er, unseres Erachtens vom Sprachgebrauche sich entfernend, mit dem Ausdrucke Verordnung einen doppelten, einen weiteren und engeren Sinn. Als Verordnung im w. S fasst er mit dem, was wir Verordnung nannten, die Verfügung zusammen und bestimmt sie als den „auf die Vollziehung der Gesetze gerichteten Willen des Staats“ (I S. 43), als „das Wollen des Willens der Gesetzgebung“ (I. S. 10), wobei nur zu bedenken kömmt, dass auch der Richterspruch auf Vollzug der Gesetze gerichtet ist. Innerhalb dieses Begriffs unterscheidet Stein dann die Verordnung im e. S. und die Ver-

fügung und bemerkt: „Eine Verordnung ist derjenige Wille der vollziehenden Gewalt, welcher das Gesammtleben des Staates oder die Gesammtverhältnisse, welche sich auf die Vollziehung des Gesetzes beziehen, bestimmt. Eine Verordnung muss daher jeder Wille heissen, der von der höchsten vollziehenden Gewalt selbst ausgeht. Eine Verfügung dagegen ist diejenige Verordnung (im w. S.), die wieder die Vollziehung einer Verordnung (im e. S.) enthält, und daher als von einem niedrigen Organe der Vollzugsgewalt ausgehend betrachtet wird.“

Gegen diese Darstellung dürfte Wesentliches zu erinnern sein. Stein combinirt bei Festsetzung seiner Begriffe von Verordnung und Verfügung in nicht ganz glücklicher Weise sachliche und formelle Gesichtspunkte. Uns scheinen bei einer logischen Sonderung von Begriffen lediglich erstere Mass geben zu sollen. Hiernach wäre zwischen dem Spruche, als der auf den einzelnen Fall bezüglichen Entscheidung, und der Verordnung, als der allgemeinen Entscheidung, vor Allem ein Unterschied zu machen. Innerhalb der letzteren Kategorie wären dann die auf das Gesammtleben des Staates und die auf einem engeren Kreis bezüglichen Verordnungen aus einander zu halten, ohne dass jedoch in dieser Richtung ein grundsätzlicher Unterschied sich ergäbe. Die besondere Verordnung, welche der Natur der Sache nach regelmässig von einer untergeordneten Stelle ausgehen wird, kann dabei entweder an das Gesetz selbst oder an eine allgemeine Verordnung anknüpfen.

Was wir hier im Gegensatze zu Stein entwickelten, ist mehr eine Meinungsverschiedenheit über die Ausdrucksweise. Dagegen erscheinen uns sachlich irrig folgende drei Aufstellungen Stein's:

1) die, dass jeder Wille, der von der höchsten Vollzugsgewalt ausgehe, Verordnung sein müsse. Es ist nicht

abzusehen, warum von dieser höchsten Gewalt nicht auch Verfügungen sollten getroffen werden;

2) die, dass die Verfügung nur den Vollzug einer Verordnung solle enthalten können; denn offenbar kann, wo das Gesetz der Verordnung keinen Raum gelassen hat, die Verfügung auch unmittelbare Verwirklichung des Gesetzes sein;

3) die, dass die Verfügung nur von einem untergeordneten Organe der Vollzugsgewalt solle ausgehen können, eine Ansicht, die wir dem unter 1 Gesagten zur Folge nicht als haltbar anzuerkennen vermögen. —

Verordnung und Spruch haben mit einander das Merkmal gemein, dass sie lediglich eine logische Gedankenthätigkeit enthalten und ihre Verkörperung zunächst durch das Wort finden. Sie schliessen, wie wir oben sagten, mit der Erklärung ab, dass der gesetzgeberische Wille von Jemanden eine That verlange. Das Verlangen geht also dahin, dass die Erklärung vollzogen wird, mittelbar bei der Verordnung, indem bei dieser zu der allgemeinen Erklärung noch die besondre, auf den einzelnen Fall angewandte, im Spruche kommen muss; unmittelbar bei dem Spruche selbst.

Es ist nun zweierlei möglich. Entweder vollbringen diejenigen Menschen, von welchen der Spruch eine That verlangt, dieselbe freiwillig — dann ist die Aufgabe der Staatsgewalt mit dem Spruche erledigt; oder es verweigern die Betreffenden dem Spruche den Gehorsam — dann muss die Staatsgewalt, dem früher Ausgeführten zu Folge, die That erzwingen, es beginnt die *Vollziehung*. Diese Nötigung kann aber nur eine äussere, keine innerliche und psychische sein. Dem Herrscher muss also zur zwangsweisen Durchführung des Spruches eine *physische* Macht zu Gebote stehn. Diese physische Macht in ihrer vollkommensten Ausbildung ist das *Heer*. Und weil es nun ein allgemeines Interesse aller Staatsangehörigen ist, dass der die Staatszwecke wahrnehmende Herrscherwille zum Voll-

zuge gelange, so ergibt sich auch als allgemeine Pflicht der Staatsangehörigen die, zur Ausübung dieses 'Zwanges, soweit sie der Herrscher dazu beruft und sie dazu natürlich befähigt sind, ihre Hilfe zu leihen.

Das Heer, als die physische Macht des Herrschers, hat seine Aufgabe mit dieser Thätigkeit im Staate nicht erschöpft; es hat auch noch eine zweite Aufgabe, deren sogleich in anderem Zusammenhange zu gedenken ist.

Wir haben im Bisherigen den ganzen Umfang der Herrscherthätigkeit innerhalb des Staates beschrieben. Es gibt aber auch eine solche ausserhalb des Staates Denn es steht der einzelne Staat nicht losgelöst von aller Beziehung mit den nicht in ihm vereinigten Menschen da, sondern, indem auf anderen Theilen der Erdoberfläche die gleichen Bildungen sich vollziehen, entstehen Reihen und Gruppen von Staaten, zwischen welchen Berührungen nicht ausbleiben können.

Auch diese neben einander lebenden Menschengesammtheiten sind zunächst bedacht, ihre eigenthümlichen Interessen wahr zu nehmen. So lange einer Gemeinschaft die Verfolgung ihrer Zwecke ohne Störung der anderen Vereinigungen möglich ist, werden die staatlichen Beziehungen friedlich sein. Sobald aber ein Widerspruch der Interessen zum Vorschein kömmt, wird jede Gemeinschaft notwendiger Weise bestrebt sein, ihrem Interesse mit Hintansetzung des fremden zur Befriedigung zu verhelfen. Es tritt hier jener nemliche Zwiespalt zwischen den grossen Menschenverbindungen auf, welcher innerhalb des Staates zwischen den einzelnen Individuen zu Tage tritt, aber seine Versöhnung durch die Rechtsordnung findet. Zwischen den Staaten ist aber eine Rechtsordnung nicht möglich; denn diese setzt einen höchsten Herrscherwillen als Rechtsquelle voraus. Wäre dieser vorhanden, so wäre der Weltstaat gegeben, die mittelalterliche Idee des weltlichen imperium mundi oder

der geistlichen Oberherrlichkeit über die Staaten, der Weltmonarchie oder der Welthierarchie, verwirklicht.

Zwischen den Staaten kann mithin kein Recht sein, zwischen ihnen gilt nur Gewalt. Es gibt darum kein Völkerrecht. Wol mögen die Herrscher es bei ihrem Verkehre als in ihrem Vortheile gelegen finden, gewisse Grundsätze gegenseitig zu beobachten; allein keiner ist an dieselben länger gebunden, als er will. Dies ist also offenbar kein Recht. Und ebenso ist ein andrer Theil dessen, was man Völkerrecht nennt, kein Völkerrecht, sondern gleichmässiges Staatsrecht der gebildeten Staaten.

Wie es nun zwischen den Staaten kein Recht gibt, so gibt es zwischen ihnen auch keine Rechtspflege. Der Zwiespalt der Interessen findet seine letzte Ausgleichung im Kriege.

Aus der Gesammtheit dieser Beziehungen des Staates nach Aussen erwächst dem Herrscher die weitere Aufgabe, die gemeinsamen Interessen wie nach Innen, so auch andern Herrschern gegenüber wahr zu nehmen. Und da er in die Lage kommen kann, zu diesem Behufe als letztes Mittel die physische Gewalt anzuwenden, so muss ihm dieselbe auch jeder Zeit zu Gebote sein. Diese Macht steht ihm im Heere zur Verfügung, das hier seine zweite Aufgabe findet.

Es ist also das Heer das Werkzeug zur zwangsweisen Durchführung des Herrscherwillens nach Innen und nach Aussen.

III. Abschnitt.

Das Privatrecht.

Nachdem wir im Vorhergehenden das gesammte Gebiet der Herrscherthätigkeit in seinen Grundlinien gezeichnet haben, erwächst uns nunmehr die Aufgabe, das allgemein Umschriebene im Einzelnen näher auszuführen.

Und zwar haben wir der gesetzgebenden Thätigkeit des Herrschers, jener also, wodurch er das staatliche Zusammensein der Menschen ordnet, unser Augenmerk zuzuwenden.

Die Bestimmung der Privatrechtsordnung — des ersten Theiles der Gesetzgebung — ist, wie wir sahen, die Ausschliessung feindlichen Handelns zu dem Zwecke, dass das gemeinsame, durch die öffentliche Rechtsordnung geregelte Handeln ermöglicht werde. Die Privatrechtsordnung wird erst nötig, wo Menschen mit einander in Berührung kommen. Denn dem isolirten Menschen steht in Verfolgung seiner Interessen, d. h. in der Ergreifung der Dinge der ihn umgebenden Aussenwelt für den Bedarf seines Daseins, nichts im Wege. Erst dann, wenn innerhalb eines Raumes eine Anzahl Individuen die Befriedigung ihrer Bedürfnisse sucht, entsteht die Möglichkeit des Widerstreites der Interessen und damit die Notwendigkeit der Beseitigung dieses Zwiespaltes. Der isolirte Mensch tritt nur in Beziehung zur leblosen und zur Thierwelt, und er eignet sich von dieser an, was er bedarf und was seiner körperlichen Gewalt zu-

gänglich ist: sein Wollen richtet sich nur auf Sachen. Der gesellschaftlich lebende Mensch tritt auch in Beziehung zu Wesen seiner Gattung, zu Personen. Diese beiden Beziehungen hat die Privatrechtsordnung zu regeln, und sie zerfällt daher naturgemäss in zwei Theile:

1. Sachenrecht,
2. Personenrecht.

Gegenstand des dinglichen Rechtes ist eine Sache, Gegenstand des persönlichen Rechtes eine Person. Aus dieser Verschiedenheit des Gegenstandes ergibt sich die Verschiedenheit beider Rechte.

Der Gegenstand des dinglichen Rechtes ist ein Unpersönliches, ein Willenloses. Es steht hier nicht Wille gegen Wille, sondern Wille gegen Materie. Darum besteht für den dinglich Berechtigten der Sache gegenüber um der Sache willen keine Schranke. Das dingliche Recht ist gegenüber der Sache gar kein Recht, weil eine Begrenzung des Willens nur möglich ist, wo ein andrer Wille entgegen steht. Mit der Sache fängt auch der Wilde an, was ihm gut dünkt, ganz wie der civilisirte Eigenthümer: er erhält, er zerstört sie nach Laune. Hierin kann also das Recht des Eigenthümers nicht liegen. Und in der That liegt das dingliche Recht — hier zunächst in der einfachsten Form des Eigenthums — nicht in dieser bejahenden, sondern in der verneinenden Seite: es liegt darin, dass der Herrscher jedem anderen Menschen als dem Eigenthümer verbietet, sich der Sache zur Befriedigung seiner Bedürfnisse zu bedienen. Er gibt dem Eigenthümer Frieden in seinem Eigenthume. Und dieses Nichtgestörtwerden des Eigenthümers ist sein Recht. Die Sache ist also zwar Gegenstand des Rechtes, aber die Einwirkung auf die Sache ist nicht Inhalt des Rechtes. Der Inhalt des dinglichen Rechtes hat ebenso eine persönliche Richtung, wie der des Forderungsrechtes. Es ist dies auch nicht anders möglich, da alle Rechte zum Zwecke haben, zwischen den

Menschen Grenzen der Interessen und daher des Handelns zu ziehen.

Neben dem ursprünglichsten dinglichen Rechte, dem Eigenthume entstehen durch das staatliche Zusammenleben der Menschen noch weitere Rechte der gleichen Gattung. Und zwar auf folgende Weise. Die dem Einzelnen angeeignete Sache dient ihm nach allen Seiten ihres Gebrauchswerts. Es kann nun eine einzelne Seite ihres Gebrauchswertes einem anderen Menschen für seine Zwecke als nützlich erscheinen. Er darf sie nach dieser einzelnen Seite so wenig wie nach ihrer Gesammtheit sich aneignen: dies verbietet der Friede des Herrschers. Nur wo der Herrscher positiv gestattet, auf eine fremde Sache einzuwirken (gesetzliche Eigenthumsbeschränkungen), kann dies derjenige, dem es erlaubt wird, auch ohne Zustimmung des Eigenthümers thun. Abgesehen von diesen Ausnahmsfällen muss der Nichteigenthümer, wenn er sich einer Sache dennoch in einer bestimmten Richtung dienstbar machen will, mit dem Eigenthümer sich dahin vertragen, dass ihm dieser das Recht einräumt, die Sache nach jener besonderen Hinsicht zu seinem Vortheile zu verwenden. Es ergibt sich dann an diesem Punkte zuerst eine Verbindung dinglicher und persönlicher Beziehung. Und zwar hier zunächst im begründenden Acte; denn wir wollen annehmen, dass der jenes Recht Begehrende nicht eine persönliche Interessenabgrenzung zu dem zeitlichen Eigenthümer der Sache, sondern eine Interessenabgrenzung gegen alle Menschen suche, und zwar bezüglich der einzelnen Beziehung dieser Sache in derselben Weise, wie der Eigenthümer der Sache sie in allen Beziehungen hat. Hiemit ist der Begriff des dinglichen Rechtes an fremder Sache gewonnen, dessen Inhalt wiederum nicht das positive Thun ist, sondern der Anspruch auf Unterlassung störenden Thuns, nicht gegen den Eigenthümer besonders, sondern gegen alle Menschen und darum auch gegen den Eigenthümer.

Indem wir nun hier den Weg beschrieben, auf welchem

man zum dinglichen Rechte gelangt, haben wir bereits den zweiten Theil der Privatrechtsordnung berührt, wie denn auch geschichtlich gewiss das dingliche Recht an fremder Sache sich erst allmälig aus einem persönlichen herausgebildet hat. Der gesellschaftlich vereinigte Mensch tritt bei Verfolgung seiner Lebenszwecke auch mit seinen Mitmenschen in Berührung. Und zwar nicht blos auf rein verneinende Weise in der Art, dass er verlangen kann, von ihnen nicht gestört zu werden, sondern auch so, dass er verlangen kann, von ihnen gefördert zu werden. Es muss Rechte geben nicht blos auf ein Nichtthun, sondern auch auf ein Thun, Leisten. Nun kann der Mensch den Menschen nicht einfach sich unterwerfen dürfen, wie die Sache, das wäre nicht Interessenabgrenzung, sondern Interessenunterjochung. Lässt der Herrscher diese zu (Knechtschaft), so handelt er seiner staatlichen Aufgabe zuwider. Nur eine Willensunterwerfung in bestimmten Beziehungen mag der Herrscher aus besonderen Gründen in einzelnen Fällen zulassen, analog wie er gesetzliche Eigenthumsbeschränkungen aufstellt, — gesetzliche Verbindlichkeiten. Abgesehen von diesen Ausnahmen muss der Mensch vom Mitmenschen die freiwillige Unterwerfung seines Willens, eine Verpflichtung zum Thun, erlangen, und er wird dies dadurch bewirken, dass er den Andern zu der Ueberzeugung bringt, dieses Sichunterwerfen bringe auch ihm Nutzen. Mit der Erklärung der Willensunterwerfung (sei sie eine einseitige, sei sie eine wechselseitig bedingte) haben dann die Individuen ihre Interessengrenze gegen einander selbst abgesteckt und die Rechtsordnung verpflichtet sie, diese Abgrenzung einzuhalten, zu der abgegebenen Erklärung zu stehen. Sie thut dies desshalb, weil nur durch die Gewissheit, dass ein Versprochenes auch geleistet werde, überhaupt ein Verkehr zwischen den Individuen möglich wird. Der Herrscher setzt seinen Zwang an die Stelle des individuellen Zwanges, den er durch seinen Frieden ausschliesst. Nicht minder ist es,

naturgemäss, dass, wenn Jemand die Interessengrenze, d. i. das Recht eines Andern durch ein Thun verletzt hat, diesem dadurch ein Anspruch auf Wiedergutmachung der Verletzung erwächst, ganz abgesehen davon, ob dies der Verletzende will oder nicht. Der Zwang des Herrschers tritt demnach ein sowol auf Grund einer Verpflichtung als auch auf Grund einer Verletzung. Es gibt endlich eine Beziehung zu andern Menschen, in welche Jemand nach natürlichem Gesetze, ohne allen Willen seinerseits, tritt, nemlich durch die Thatsache der Zeugung. Auch dieses unwillkürliche Verhältniss zwischen Erzeuger und Erzeugtem muss rechtliche Regelung erfahren, in welcher die thatsächlich und natürlich begründete Macht des Erzeugers und die freie Persönlichkeit des Kindes ihre Versöhnung finden.

Das gesammte Gebiet der Privatrechtsordnung ist hiemit erschöpft, und wir gewinnen für dasselbe folgende Uebersicht:

I. Sachenrecht.

1. Eigenthumsrecht,
2. Rechte an fremder Sache.

II. Personenrecht.

1. Rechte aus Verpflichtung,
2. Rechte aus Verletzung,
3. Rechte aus der Zeugung.

Das Erbrecht ist kein selbständiger Rechtstheil, sondern nur ein Erwerbstitel dinglicher und persönlicher Rechte.

IV. Abschnitt.

Die öffentlichen Rechte.

Wir wenden uns nun zum zweiten Gebiete der Gesetzgebung, der öffentlichen Rechtsordnung, welche wir schon oben in drei Theile:

das öffentliche Recht im engern Sinne,
das Verfassungsrecht und
das Recht des Verfahrens

zerlegten.

Diese grössere Ausdehnung des öffentlichen Rechtes gegenüber dem Privatrechte ist nicht blosser Zufall oder Willkür, sie ist vielmehr in der Natur der Sache begründet. Denn die öffentliche Rechtsordnung umfasst die Hauptaufgabe des Staates, zu welcher die Privatrechtsordnung nur im Verhältnisse einer Vorbedingung steht. Bei jenen Interessen, welche der eigenen Obsorge jedes Individuums überlassen sind, begnügt sich der Herrscher damit, die Grenzen des Handelns abzustecken. Wie sich der Einzelne innerhalb dieser Schranken bewegt, welche Zwecke er sich setzt und welcher Mittel er sich zu deren Erreichung bedient — darum kümmert sich der Herrscher in keiner Weise; er wacht nur darüber, dass die rechtlichen Grenzen nicht überschritten werden. Anders bei den gemeinschaftlichen, staatlichen Interessen. Hier kann es nicht genügen, dass der Herrscher lediglich die Grenzen des Handelns feststellt, seine Aufgabe ist es auch, die allgemeinen Interessen zu verfolgen. Er

hat für die öffentlichen Interessen auch noch die ganze Thätigkeit zu entwickeln, welche der Einzelne seinen Interessen widmet. Und darum muss der Herrscher, wenn er den Umkreis der staatlichen Aufgaben normirt hat, noch bestimmen:

durch welche Organe dieselben wahrzunehmen sind — Verfassung;

und in welcher Form diese Organe thätig werden sollen — Verfahren.

Darüber hinaus geht die gesetzgeberische Thätigkeit nicht. Die Verwirklichung der Staatsaufgaben in den gesetzlichen Grenzen, durch die gesetzlichen Organe, in der gesetzlichen Form ist Sache der Verwaltung.

Es hat also die Verwaltung, in so weit sie Verwirklichung der öffentlichen Rechtsordnung ist, die doppelte Aufgabe:

1) die gemeinschaftlichen Interessen thätig zu fördern — Verwaltung im engern Sinne;

2) darauf zu achten, dass bei dieser Thätigkeit die gesetzlichen Schranken gewahrt werden — öffentliche Rechtspflege.

Wenn wir es nun unternehmen, auf eine nähere Darstellung der gesammten öffentlichen Rechtsordnung einzugehen, so können wir eine Bemerkung nicht unterdrücken. Jedem, der mit der Literatur des Staatsrechtes nur einiger Massen bekannt ist, muss die Systemlosigkeit und als deren Folge die Verschiedenartigkeit in der Gruppirung des Stoffes auffallen, welche in den Lehrbüchern zu Tage tritt. Die Ursache dieser Erscheinung liegt, abgesehen von der Unklarheit in den Ausgangspunkten, darin, dass man das öffentliche Recht in eine Eintheilung hineinzwängt, welche der natürlichen Gestaltung dieses ganzen Gebietes keine Rechnung trägt. Kirchenrecht, Völkerrecht, Staatsrecht, Straf- und Civilgerichtsordnung wird hier ohne viel Nachdenken neben einander gestellt und das sogenannte Staatsrecht muss sich wiederum eine Unterabtheilung in Verfassungs- und Ver-

waltungsrecht gefallen lassen. So finden sich denn die einzelnen Bestandtheile der öffentlichen Rechtsordnung als disiecta membra unter alle möglichen Rubriken zerstreut, losgelöst von ihrem Zusammenhange und darum unverständlich und unverstanden. Insbesondere wird die Lehre von den öffentlichen Rechten mit der Lehre von der Staatsverfassung in eine unnatürliche Verbindung gebracht, unter welcher beide Rechtsstoffe leiden. Die Lehre vom Rechte des Verfahrens aber findet sich entweder in gesonderter Darstellung, oder in Vereinigung mit jenem sogenannten Verfassungsrechte, oder endlich unter dem Verwaltungsrechte vorgetragen, nirgends aber in ihrem systematischen Zusammenhange erkannt.

Wir werden uns nun zunächst der Lehre von den öffentlichen Rechten zuwenden, jenem Gebiete, welches von Seite der Wissenschaft des öffentlichen Rechtes bis jetzt die mindeste Pflege gefunden hat.

Es sei gestattet, kurz an die Ausgangspunkte zu erinnern.

In der Festsetzung des öffentlichen Rechtes zieht der Herrscher die Grenzlinie zwischen den individuellen und den gemeinsamen Interessen. Was ausserhalb dieser Linie liegt, ist privates, was innerhalb derselben, ist öffentliches Recht. Das öffentliche Recht enthält also den Ausspruch des Herrscherwillens darüber, welche Interessen öffentliche sein sollen, sowie in welchen rechtlichen Grenzen und Formen dieselben zu verfolgen sind.

Während demnach das Privatrecht die Verhältnisse des Einzelnen zum Einzelnen regelt, normirt das öffentliche Recht die Beziehungen des Einzelnen zum Gesammtinteresse. Darum knüpfen sich die aus dem Privatrechte abgeleiteten Befugnisse an die einzelnen im Staate vereinigten Individuen an, und es tritt der Herrscher im Privatrechte nur in so fern auf, als er nicht Herrscher, sondern Privatperson ist. Letzteres wieder in doppelter Weise: entweder so, dass der Zweck

seines privatrechtlichen Handelns ein staatlicher ist (aerarium) oder so, dass der Zweck desselben ein persönlicher, egoistischer ist (fiscus Caesaris). Die aus dem öffentlichen Rechte entspringenden Ansprüche dagegen stehen entweder dem Herrscher, als dem Hüter der Gesammtinteressen zu oder sind von ihm, da er dieser Obsorge sich nicht allenthalben selbst unterziehen kann, an andre Individuen zur Wahrnehmung nicht im egoistischen, sondern im staatlichen Interesse geliehen. Der Herrscher schafft sich, auf Grund der Thatsache seiner Macht, Recht durch seinen Willen; der Beherrschte dagegen schafft sich nicht Recht durch seinen Willen, im Privatrecht so wenig wie im öffentlichen Rechte; sondern er erhält Rechte durch den Willen des Herrschers.

Der Unterschied der öffentlichen und der Privatberechtigung liegt darin, dass der Zweck der ersteren ein allgemeiner, der der letzteren ein individueller ist. Was aber als allgemeiner Zweck zu erachten sein soll, bestimmt der Herrscher. Eben darum ist die Grenze der öffentlichrechtlichen und der privatrechtlichen Ansprüche keine absolute; sie ist nicht a priori zu finden, sondern nach dem positiven Rechte des einzelnen Staates zu bemessen.

Für die Eintheilung der öffentlichen Rechte ergibt sich dieselbe naturgemässe Gliederung, wie für die der Privatrechte. Gleich dem egoistischen Willen des Einzelnen muss sich das staatliche Wollen des Herrschers auf die zwei Gegenstände der Herrschaft, die Sachen und die Personen, beziehen. Auch die Lehre von den öffentlichen Rechten zerfällt

1) in ein Sachenrecht und
2) in ein Personenrecht.

Was nun zuvörderst das Sachenrecht anlangt, so kann der Herrscher bestimmen, dass gewisse Sachen der ausschliesslichen Benutzung der Einzelnen entzogen und dem allgemeinen Interesse dienstbar sein sollen (res publicae) —

öffentlichrechtliches Eigenthum. Hier ist jedoch ein Unterschied wol zu beachten. Der Umstand, dass eine Sache staatlichen Zwecken dient, macht sie an und für sich noch nicht zur res publica. Ist nemlich die Stellung des Herrschers zur Sache eine derartige, dass sie ihm als materielles Mittel, als Vermögensstück zur Erreichung staatlicher Zwecke dient, er sonach jede individuelle Nutzung der Sache durch Andere ausschliesst, so stellt er sich nicht auf den Boden des öffentlichen, sondern des Privatrechtes, er ist privatrechtlicher Eigenthümer der Sache und verwendet sie nur zu öffentlichen Zwecken (fiscalisches Eigenthum). Der öffentliche Zweck tritt also hier nicht als juristisches Begriffsmerkmal auf. Anders bei der res publica. Diese ist um ihres Dienstes für öffentliche Zwecke willen dem privatrechtlichen Eigenthume entzogen; der öffentliche Zweck ist hier ein begriffliches Moment. Und zwar ist es die Bestimmung der res publica, Allen zu dienen, und darum können sich ihrer, soferne sie ihrer Natur nach dazu sich eignet (Strasse, Fluss — Stadtthor), Alle bedienen, jeder aber nur so, dass sein Gebrauch den zweckgemässen Gebrauch der Sache durch alle Anderen nicht stört noch ausschliesst. Man kann sonach den Begriff der öffentlichen Sache (res publica) so feststellen: Oeffentliche Sache ist diejenige, deren rechtliche Bestimmung es ist, öffentlichen Zwecken zu dienen, und die darum dem privatrechtlichen Verkehre (commercium) entzogen ist. Die fiscalische Sache dagegen ist diejenige, deren thatsächliche Bestimmung es ist, öffentlichen Zwecken zu dienen, ohne dass diese Bestimmung einen Einfluss auf ihre rechtliche Behandlung hat.

Der Herrscher hat die Art und Weise des Gebrauches der res publica zu regeln und die Verletzung der von ihm gegebenen Vorschriften begründet einen öffentlichrechtlichen Anspruch sowol für den Herrscher als auch für den hiedurch in seinen Interessen beschädigten Einzelnen.

Wenn z. B. Jemand einen öffentlichen Weg für den Verkehr unbrauchbar macht, so wird er

1) dem Herrscher haftbar für die Wiederherstellung des Weges in passirbaren Zustand;

2) demjenigen, welcher etwa durch den in Folge der Verkehrsstörung eingetretenen verzögerten Transport seiner Waaren zu Schaden kam.

Auch dieser letztere Anspruch ist ein öffentlichrechtlicher, kein privatrechtlicher. Denn da das Recht des Verletzten auf ungestörte Benutzung der Fahrstrasse ein öffentliches war, so muss notwendig auch der aus Verletzung dieses Rechtes abgeleitete Anspruch ein öffentlichrechtlicher sein.

Beide Ansprüche haben ihren Grund in der Verletzung eines dinglichen Rechtes. —

Das öffentliche Recht begnügt sich aber nicht damit, Sachen dem privaten Eigenthume zu entziehen und sie dem öffentlichen Interesse zu widmen; es greift auch in das private Eigenthum ein. Das öffentliche Recht kennt auch Analoga der bürgerlichen Rechte an fremder Sache — öffentlichrechtliche Dienstbarkeiten und Pfandrechte.

Wir sagten oben bei Besprechung des Privatrechtes, der rechtliche Inhalt des Eigenthumsrechtes bestehe darin, dass der Eigenthümer jeden anderen Menschen von der Sache ausschliessen dürfe. Als Folge dieser Berechtigung ergab sich die Macht des Eigenthümers, mit der Sache zu thun, was er will. Dieser Satz ist auch für das Privatrecht vollkommen richtig. Allein das allgemeine Interesse kann erheischen, dass der Eigenthümer in dieser seiner Macht über die Sache beschränkt werde, entweder so, dass er sich gewisser Handlungen an der Sache enthalten, oder so, dass er gewisse Handlungen an der Sache dulden oder endlich so, dass er gewisse Handlungen mit der Sache vornehmen muss. Im letztgenannten Falle ist kein dingliches, sondern

ein persönliches Recht vorhanden. Im erstgenannten Falle ist zu unterscheiden. Ein dingliches öffentliches Recht liegt dann vor, wenn der Inhalt desselben der ist, dass ein gewisser Zustand der Sache aufrecht erhalten bleibe, z. B. dass nicht höher gebaut werde, dass beim Häuserbau die Baulinie eingehalten werde. Das Reichsgesetz, betr. die Beschränkungen des Grundeigenthums in der Umgebung von Festungen, vom 21. December 1871 (R.-G.-Bl. S. 459) bietet weitere Beispiele in Fülle. Dagegen ist kein dingliches Recht gegeben, wenn Gegenstand des öffentlichrechtlichen Verbotes nicht die Wirkung der Handlung des Eigenthümers (der Zustand der Sache), sondern die Handlung selbst, beziehungsweise die Art derselben ist. So mag zum Beispiele vom Standpunkte des Privatrechtes aus der Eigenthümer seine Sache getrost zerstören; zerstört er aber sein in Mitte der Stadt gelegenes Haus durch Feuer, so macht er sich einer Verletzung des öffentlichen Rechtes schuldig. Diese liegt aber nicht darin, dass er den Zustand der Sache verändert, das Haus zerstört hat, sondern darin, dass er es mittels Feuers, in einer dem öffentlichen Interesse schädlichen Weise vernichtete. Der hiedurch begründete öffentlichrechtliche Anspruch ist also ein persönlicher.

Ein dingliches Recht liegt ferner dann vor, wenn dem Herrscher die Befugniss zusteht, auf die im Eigenthume befindliche Sache einzuwirken, wenn also der Eigenthümer eine Handlung an der Sache dulden muss. Wenn es der Herrscher als im öffentlichen Interesse liegend findet, dass gewisse Nutzungen von Sachen nur durch ihn gezogen werden, dass z. B. nur er Bergbau oder Perlenfischerei treibe, so wird er dem Eigenthümer die Pflicht auflegen, eine Einwirkung auf sein Grundstück zu diesen Zwecken zu dulden.

Bei den dinglichen öffentlichen Rechten kann es auch vorkommen, dass sich persönliche Rechte mit ihnen verknüpfen. Wenn z. B. die öffentliche Rechtsordnung be-

stimmt, dass zu beiden Seiten der Staatsstrassen Privatwaldungen bis zu einer gewissen Entfernung ausgeholzt sein müssen, so begründet sie ein rein dingliches Recht dann, wenn der Eigenthümer an der Aufforstung behindert und verpflichtet wird, die Ausholzung des Nachwuchses zu dulden. Wird dagegen der Eigenthümer verbindlich gemacht, selbst abzuholzen, also thätig zu werden, so entsteht eine persönliche Verpflichtung.

Dem öffentlichen Rechte gehören jene Eigenthumsbeschränkungen nicht an, welche der Herrscher nicht im öffentlichen, sondern im privaten Interesse feststellt, die sogenannten gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen (Legalservituten) des Privatrechtes (Nachbarrechte).

Mit vorstehenden Erörterungen glauben wir einen Rechtsstoff klar gestellt zu haben, welcher in den gewöhnlichen Darlegungen des Privat- oder des öffentlichen Rechtes sich so ziemlich als rudis indigestaque moles behandelt findet. Insbesondere lässt die überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller eine scharfe Sonderung derjenigen dinglichen Rechte, welche dem Privatrechte und derjenigen, welche dem öffentlichen Rechte angehören, durchgehends vermissen.

Es gibt endlich auch öffentliche Pfandrechte, d. i. Rechte zur Verwertung von Sachen behufs der Sicherung persönlicher Ansprüche des öffentlichen Rechtes. Hieher gehören beispielsweise die Pfandrechte an eingeführten Waaren, von welchen Zoll zu entrichten ist, die Pfandrechte wegen Steuerforderungen u. dgl.

Dem Gebiete des öffentlichen Sachenrechtes gehören dagegen nicht an die Rechte auf Enteignung, d. i. auf Uebertragung des Eigenthumes (und, im weitern Sinne des Wortes, auf Bestellung von Dienstbarkeiten) aus Gründen öffentlichen Interesses. Diese Ansprüche sind gegen die Person des Eigenthümers gerichtet. Die aus ihnen abgeleitete Klage ist keine vindicatio (oder confessoria actio); denn sie gründet nicht auf der Behauptung, dass Kläger

Eigenthümer (oder dinglicher Berechtigter) sei, sondern vielmehr auf der Behauptung, dass Beklagter verpflichtet sei, Eigenthum (oder Dienstbarkeit) zu übertragen.

Ein ausgedehnteres Gebiet als das Sachenrecht nimmt im öffentlichen Rechte das Personenrecht ein. Es hat auch dieses letztere in den bisherigen Darstellungen mehr Beachtung und sorgfältigere Pflege gefunden. Gleichwol dürfen wir hier nur mit Vorsicht die vorhandenen Begriffe aufnehmen und gebrauchen. Die herrschende Unklarheit der Vorstellungen hat nemlich in diesem Theile des öffentlichen Rechtes dazu geführt, dass mancherlei als öffentlichrechtlicher Anspruch sich aufgezeichnet findet, was bei näherer Betrachtung nicht als solcher sich bewährt.

Es wird das sofort deutlich werden.

Im öffentlichen Personenrechte kömmt die thatsächliche Macht des Herrschers über die Personen ebenso zum Ausdrucke, wie im privatrechtlichen Personenrechte. So gut nun die Herrschaft über die Personen eine Thatsache und kein Recht, sondern Voraussetzung des Rechtes ist, ebenso gut ist, wenn man den Standpunkt umkehrt, das Beherrschtwerden der einzelnen Persönlichkeit durch den Herrscher eine Thatsache und, obschon kein Recht, doch Voraussetzung für die Rechte und Pflichten der Person. Diese Thatsache des Unterworfenseins unter die Herrschaft, die Staatsangehörigkeit also, nennt man Indigenat. Da nun aber für den Herrscher keine Nötigung besteht, seinen Herrscherwillen auf alle diejenigen auszudehnen, auf welche er sie ausdehnen hönnte, so folgt, dass er durch Gesetz bestimmen kann, auf welche Personen er seine Herrschaft erstrecken wolle. Diese Bestimmung ist positiven Rechtes, es ist also nicht unsere Aufgabe, hierüber näher zu handeln. Wir haben nur auf das Nachdrücklichste zu betonen, dass das Indigenat kein Recht, sondern lediglich eine Thatsache ist, welche Voraussetzung von Rechten wird. (So auch Gerber, öffentl. Rechte S. 75 ff.) Und darum kann es auch

keinen Anspruch auf das Indigenat geben, sondern nur Ansprüche auf Grund des Indigenates. Anerkennung der Thatsache der Staatsangehörigkeit kann blos in so fern gefordert werden, als diese Thatsache Quelle von Rechten ist.

Die Behauptung des Indigenats ist sonach gleichbedeutend mit der Behauptung der Rechte, welche aus demselben folgen; die Bestreitung des Indigenats gleichbedeutend mit der Verneinung jener Rechte.

Wer aber die bezeichnete Thatsache anerkannt haben will, ohne dass sie von Jemanden geleugnet wird, der will sich kein Recht sichern, sondern nur ein Beweismittel zum Zwecke der Geltendmachung von Rechten. Es hat demnach die Klage auf Anerkennung des Indigenates genau die Bedeutung der actio praeiudicialis im bürgerlichen Rechte.

In so weit ferner mit dem Ausdrucke Indigenat die Gesammtheit jener Rechte und Pflichten bezeichnet werden soll, welche eine Folge der Thatsache der Staatsangehörigkeit sind, ist dagegen einzuwenden, einmal, dass dieser Ausdruck ungenau ist, sodann, dass er keinen wissenschaftlichen Wert hat. Und zwar letzteres aus einem doppelten Grunde. Für's Erste begreift er kein einheitliches Recht in sich, sondern eine Summe einzelner Befugnisse, die systematisch weit auseinander liegen; er ist ferner nicht fixirbar, weil die aus der Thatsache der Staatszugehörigkeit fliessenden Rechte in den einzelnen Staaten und im einzelnen Staate zu verschiedenen Zeiten verschieden sind.

Aehnlich wie mit dem Begriffe des Indigenates verhält es sich mit dem Begriffe des Staatsbürgerrechtes. Dieser ist ein noch misslicherer desshalb, weil man mit ihm zwei grundverschiedene Dinge bezeichnet, je nachdem man dabei an die Einherrschaft oder an die Volksherrschaft denkt. Bei der Letzteren bedeutet das Wort Staatsbürgerrecht die Thatsache der Mitherrschaft über den Staat; bei der Ersteren aber das Vorhandensein derjenigen Voraussetzungen, unter welchen die Staatsangehörigen zur Ausübung gewisser

öffentlicher Rechte durch den Herrscher berufen sind. Der erstere Fall berührt unsere gegenwärtige Betrachtung gar nicht; im letzteren Falle bezeichnet das Wort „Staatsbürgerrecht“ für das öffentliche Recht dasselbe, was die bürgerliche Rechtsfähigkeit (status civilis) für das Privatrecht ist. Es will also damit entweder das Vorhandensein derjenigen Voraussetzungen ausgedrückt werden, an welche gewisse öffentliche Rechte der Person geknüpft sind — dann gilt das oben über das Indigenat Gesagte: es handelt sich um kein Recht, sondern um Thatsachen, welche für Rechte präjudiciell sind; oder es soll jener Name die Gesammtheit der Rechte begreifen, für welche die eben genannten Thatsachen die Vorbedingung bilden — dann ist der Begriff ebenfalls wertlos, weil er in sich selbst keine Bestimmung enthält, sondern nur durch mechanische Zusammenfügung aller jener einzelnen Rechte gefunden werden kann. Erst durch Aneinanderreihung der Rechte, welche das concrete Staatsrecht an jene, gleichfalls von ihm positiv bezeichneten Thatsachen knüpft, erfährt man, was man unter dem Staatsbürgerrechte sich zu denken habe. Durch diese rein äusserliche Zusammenstellung gewinnen jedoch jene Rechte keine begriffliche Einheit. Eine solche können sie nur finden, wenn sie sich wissenschaftlich und systematisch verbinden lassen. Diese systematische Einheit haben wir aber in der Darstellung der öffentlichen Rechte erst zu suchen. Das Wort nützt uns nicht, wo der Begriff fehlt. Und da uns denn das Wort „Staatsbürgerrecht“ keinen Begriff an die Hand gibt, so müssen wir dasselbe als für die Wissenschaft unbrauchbar verwerfen.

Dass es mit dem sogenannten Heimats- und Gemeindebürgerrecht eine gleiche Bewandtniss hat, brauchen wir nach dem bisher Gesagten wol nicht näher nachzuweisen.

Im Anschlusse an die vorstehende Kritik der Begriffe von Indigenat und Staatsbürgerrecht sind hier auch jene

sog. Rechte zu behandeln, welche man an diese Begriffe anzuknüpfen pflegt, die Grundrechte oder Freiheitsrechte. Es ist eigentlich nicht leicht zu sagen, was man mit diesen Ausdrücken bezeichnen will. Als Grundrechte treten in den Verfassungsurkunden z. B. die Gewissensfreiheit, die Pressfreiheit, das Recht der freien Verehelichung, der Freizügigkeit, Gewerbefreiheit, Auswanderungsfreiheit u. dgl. mehr auf. Allein wo hier das Recht liegen soll, lässt sich schwer angeben; denn im Grunde genommen sind diese sämmtlichen „Rechte“ und „Freiheiten“ nur Ausdrücke des sehr bekannten Satzes, dass Alles erlaubt ist, was rechtlich nicht verboten ist. Es wird nun sicher Niemanden einfallen, das ein Recht zu nennen, was niemals verboten war; denn sonst könnte man ebenso gut von einem Grundrechte des Menschen reden, zu essen oder zu schlafen. Die erwähnten Begriffe sind auch nicht logisch, sondern geschichtlich zu erklären. Sie bezeichnen nemlich lediglich die Thatsache, dass früher einmal etwas verboten war, was jetzt erlaubt ist, sowie die Absicht des Herrschers, dergleichen Verbote künftig nicht mehr zu erlassen. Eine rechtliche Bedeutung haben derartige Erklärungen in den Verfassungsurkunden constitutioneller Staaten allerdings; aber nicht diejenige, welche man ihnen gewöhnlich beimisst. Sie begründen nemlich nicht öffentliche Rechte der Staatsangehörigen, sondern sie besagen, dass, wenn die Gesetzgebung die individuelle Freiheit in gewissen Gebieten beschränken wolle, sie auf dem Wege der Verfassungsänderung verfahren müsse. Es gehören also jene Rechtssätze nicht dem öffentlichen Rechte (i. e. S.) sondern dem Rechte des Verfahrens (bei der Gesetzgebung) an.

Gerber (öffentliche Rechte S. 78) hebt dies sehr richtig hervor, wenn er sagt: „Der allgemeine Gesichtspunkt jener sogenannten staatsbürgerlichen Rechte kann nur in etwas Negativem gefunden werden, nemlich darin, dass der

Staat sich bei der Beherrschung und Unterwerfung des Einzelnen innerhalb seiner (wir fügen bei: nach der zur Zeit herrschenden Auffassung) naturgemässen Schranke hält und denjenigen Theil der menschlichen Persönlichkeit von seinem Kreise und Einflusse frei lässt, der nach der Idee des Volkslebens der zwingenden Einwirkung des allgemeinen Willens nicht unterworfen sein kann. Die Volksrechte sind also lediglich negative Rechte, Rechte auf Anerkennung der freien, d. h. nichtstaatlichen Seite der Persönlichkeit." „Die juristische Auffassung kann desshalb nur die sein, dass diese Negationen in positive Bestimmungen der Rechte der Staatsgewalt verwandelt werden. Es sind objective, abstrakte Rechtssätze über die Ausübung der Staatsgewalt" (also über das Verfahren der Gesetzgebung). „Für die Einzelnen haben sie lediglich die Wirkung, dass sie unter Voraussetzung eines bestimmten Thatbestandes eine Berechtigung (subjektives Recht) erzeugen z. B. auf Zurücknahme einer Verfügung." (S. 79) Dieses subjektive Recht ist aber kein anderes als das aus jeder Ueberschreitung der Rechtsordnung erwachsende, ein Anspruch aus Verletzung.

Nachdem wir nun die negative Seite unserer Aufgabe gelöst und die fälschlich als solche bezeichneten persönlichen Ansprüche aus dem öffentlichen Personenrechte ausgewiesen haben, können wir zur positiven Seite der Darstellung, der Entwicklung derjenigen Ansprüche, welche das öffentliche Personenrecht bilden, übergehen.

Die Grundeintheilung ist hier dieselbe wie beim bürgerlichen Personenrechte. Es lassen sich Rechte aus Verpflichtung und Rechte aus Verletzung unterscheiden.

Die Rechte aus Verpflichtung wiederum sind entweder solche, die unmittelbar auf Gesetz, oder solche, die auf Vertrag beruhen. Sie gehen auf ein Thun, Leisten des Verpflichteten. Diesen Inhalt haben zwar auch die Rechte aus Verletzung; allein deren letzter Grund ist ein Anspruch

auf Nichtthun, dessen Missachtung durch ein Thun wieder gut gemacht werden soll.

Bei den öffentlichen Rechten aus Verpflichtung tritt die Verschiedenheit des öffentlichen und Privatrechtes in der äusseren Erscheinung zu Tage, dass hier die gesetzlichen Verbindlichkeiten weit die vertragsmässigen überwiegen, während beim Privatrechte das umgekehrte Verhältniss bemerkbar ist. Aus der Natur der Aufgabe, welche dem Herrscher auf beiden Gebieten zufällt, erklärt sich dies leicht. Bei den Privatinteressen genügt es, jedem die Sphäre anzuweisen, innerhalb welcher er seinem Ziele nachgehen mag, und die er nur mit Zustimmung seiner Mitmenschen überschreiten kann; wo es sich dagegen um öffentliche Interessen handelt, tritt der Herrscher mit positivem Befehle auf. Er hatte keinen Grund, den Einzelnen zu zwingen, für die Interessen eines andern Einzelnen thätig zu werden, aber er hat sehr viel Grund den Einzelnen zu zwingen, für die Interessen Aller thätig zu werden. Eine absolute Notwendigkeit jedoch, immer und allezeit mit solchem Zwange aufzutreten, besteht nicht. Wo der Herrscher annehmen kann, dass er auf dem Wege freiwilligen Uebereinkommens sich genügende Leistungen für das allgemeine Interesse sichern werde, wird er keine gesetzliche Verbindlichkeit aufstellen, sondern dem Vertrage Spielraum lassen. Der Vertrag gehört sonach, mag er auch im öffentlichen Rechte seltener vorkommen, doch diesem ebenso gut als dem Privatrechte an, und wir können Gerber nicht beipflichten, wenn er (öffentliche Rechte S. 40) den Satz aufstellt, dass der Vertrag durchweg privatrechtlicher Natur sei.

Betrachten wir nun zuerst näher die gesetzlichen Verbindlichkeiten des öffentlichen Rechtes, so können wir deren zwei Classen unterscheiden:

einmal solche, welche auf Leistungen von Sachen, also Leistungen aus dem Vermögen gehen;

sodann solche, welche auf Gewährung persönlicher Dienste gerichtet sind.

Vor einem Irrthum ist hier zu warnen. Es wäre ganz falsch, wenn man annehmen wollte, dass diese Verbindlichkeiten immer nur gegenüber dem Herrscher bestehen müssen. Es können Rechte öffentlicher Natur durch das Gesetz auch Einzelnen oder Personengemeinschaften zugeschrieben werden, freilich nicht — und hierin liegt das unterscheidende Merkmal — in deren individuellem, sondern im allgemeinen Interesse. Es mag sich mit dem öffentlichen allerdings ein individuelles Interesse verknüpfen; allein dieses letztere ist nicht das entscheidende, es ist nur ein accidens des ersteren. Der Anspruch z. B. des Schullehrers auf das Schulgeld ist ganz sicher ein öffentlichrechtlicher.

Eine erschöpfende Aufzählung der öffentlichrechtlichen Vermögensansprüche zu geben, ist nur der positiven Staatsrechtslehre möglich. Wir müssen uns hier mit allgemeinen Umrissen begnügen.

Als Vermögensansprüche dieser Gattung erscheinen besonders:

1. Die Rechte auf Steuern, gleichviel ob dieselben dem Herrscher selbst, oder innerhalb des Staates solchen Personengesammtheiten zustehen, welche zur Wahrnehmung öffentlicher Interessen gebildet sind: Gemeinde- und Kreisverbände.

Je nachdem die Steuer dem Einzelnen als Besitzer einer Liegenschaft oder von beweglichem Vermögen auferlegt ist, nimmt die Klage die Natur einer actio in rem scripta oder einer rein persönlichen Klage an.

Im ersten Falle stützt sich die Klage

1. auf die Behauptung, dass ein bestimmtes Grundstück steuerbar sei;

2. auf die Behauptung, dass dieses Grundstück dem Beklagten gehöre.

Im zweiten Falle stützt sich die Klage auf die Behauptung, dass Beklagter steuerpflichtiges Einkommen besitze.

Diese Thatsachen kann der Beklagte entweder läugnen oder zugestehen oder endlich zwar zugeben, aber geltend machen, dass Umstände vorhanden sind, welche ihn von der an und für sich begründeten Verpflichtung gesetzlich befreien (Einreden).

Noch Eines sei hier bemerkt. Einen juristischen Unterschied begründet es nicht, ob die Steuer direkt oder indirekt genannt wird. Vom Standpunkte des öffentlichen Rechtes sind alle Steuern direkte.

Es gehören weiter hieher

2. die Ansprüche auf Taxen und Stempelgebühren.

Es ist jedoch nicht Alles rechtlich Taxe oder Stempelgebühr, was so genannt wird. Die von einem Gehalte gelegentlich der Verleihung oder der Auszahlung erhobenen Abgaben z. B. sind Steuern. Tax- oder Stempelpflicht im eigentlichen Sinne ist diejenige, welche durch Inanspruchnahme der Handlung einer öffentlichen Behörde begründet wird.

3. Die Ansprüche auf Zölle.

4. Die Ansprüche auf Enteignung. Unter Enteignungsrecht versteht man das Recht, von Jemanden die Uebertragung des Eigenthums oder einer Dienstbarkeit (meist gegen Entschädigung) auf Grund einer Bestimmung des öffentlichen Rechtes (also im öffentlichen Interesse) zu verlangen.

Der Anspruch kann auf unbewegliche und bewegliche Sachen (Pferdeconscription) sich richten.

Es ist durchaus nicht nötig, dass der Herrscher der Berechtigte sei, auch Privaten (Eisenbahngesellschaften) kann das Enteignungsrecht zustehen. Es ist ebenso wenig begrifflich erforderlich, dass ein Privater der Verpflichtete sei; es kann auch einem Privaten die Enteignungsklage

gegen den Herrscher als Inhaber des Staatsgutes zustehen.

Der Anspruch geht auf Uebertragung dinglicher Berechtigung: dass seine Durchführung zu einem öffentlichen Rechte an der Sache führe, liegt nicht im Begriffe der Enteignung.

Der Anspruch geht regelmässig auf Leistung gegen Gegenleistung, d. i. Ersatz des aus der Enteignung dem Verpflichteten zugehenden Vermögensnachtheiles.

Voraussetzungen des Anspruches sind also:

a. dass der das Recht Behauptende ein Unternehmen in's Werk setzt, zu Gunsten dessen das öffentliche Recht einen Enteignungsanspruch gibt;

b. dass zur Durchführung dieses Unternehmens die betreffende Sache nötig sei;

c. dass demjenigen, gegen den der Anspruch erhoben wird, die Sache gehöre;

d. dass der Unternehmer bereit sei, die gesetzliche Entschädigung zu leisten.

Das Enteignungsrecht hat neuerlich eine sehr umfassende Behandlung durch Georg Meyer (das Recht der Expropriation, Leipzig 1868) gefunden. Da wir uns mit den Anschauungen dieses Schriftstellers in grundsätzlichem Widerspruche befinden, sei es gestattet, näher auf dieselben einzugehen, um so mehr als die Lehre von der Enteignung zur Zeit noch nicht zu den unbestrittenen gehört. Meyer geht von dem sehr richtigen Satze aus, dass das Enteignungsrecht sich nicht aus dem bürgerlichen, sondern nur aus dem öffentlichen Rechte erklären lasse. Die Frage, ob und wann eine Enteignung eintreten könne, sei also staatsrechtlicher Natur. „Es treten aber bei der Expropriation zwei Vermögens-, also zwei privatrechtliche Subjekte, Expropriant und Expropriat, einander gegenüber, die sich gegenseitig zu gewissen vermögensrechtlichen Leistungen verpflichtet sind. Auch der Staat, als Repräsentant seines

Vermögens, als Fiscus, wird wie eine Privatperson angesehen. Wir haben daher weiter zu fragen, welchen juristischen Charakter tragen diese Vermögensleistungen an sich; die Antwort auf diese Frage hat das Privatrecht zu geben. Die Untersuchung über Zulässigkeit, Bedingungen und Formen der Expropriation ist demnach eine staatsrechtliche, die über den juristischen Charakter der gegenseitigen Vermögensleistungen eine privatrechtliche" (a. a. O. S. 163). Als staatsrechtlichen Grund der Enteignung erkennt Meyer (a. a. O. S. 176) „das Recht des Staates in Folge einer Collision von Privatrechten mit den öffentlichen Interessen kraft der sämmtlichen Staatsangehörigen obliegenden Pflicht, das Staatswol nach Kräften zu fördern, die selbst zwangsweise Abtretung der Privatrechte gegen volle Entschädigung zu verlangen." Nach der privatrechtlichen Seite hin bezeichnet Meyer (S. 185) das Enteignungsrecht als ein obligatorisches. Dieses obligatorische Recht soll dann wieder ein verschiedenes sein, je nachdem der zu Enteignende in die Abtretung einwilligt oder durch den Ausspruch der zuständigen Behörde dazu gezwungen wird (S. 186). Ersten Falls liege ein Kauf (oder Tausch) vor, letztern Falls eine obligatio quasi ex contractu, als deren Typus der Kauf (bezw. Tausch) erscheine.

Gegen diese Darstellung lässt sich nun unseres Erachtens sehr Erhebliches einwenden.

Meyer erkennt an, dass die Frage, ob und wann Enteignung eintreten könne, öffentlichrechtlicher Natur sei, d. h. also, dass derjenige, welcher einen Anspruch auf Enteignung erhebt, sich nicht auf einen privaten, sondern auf einen öffentlichen Rechtstitel beruft. Daraus, sollte man meinen, ergibt sich als einfache logische Folgerung, dass dieser Anspruch ein öffentlichrechtlicher sei. Meyer dagegen lässt aus dem öffentlichen Rechte eine privatrechtliche actio entstehen und behauptet, während er zugibt, dass der Rechtstitel ein öffentlicher ist, der Anspruch sei

ein privater. Das öffentliche Recht, wenn geltend gemacht, soll also zum Privatrechte werden. Dass sich dies schlechterdings nicht vereinbaren lässt, ist klar. Es begegnet uns hier der sehr verbreitete Gedanke — wir möchten ihn eine fixe Idee nennen — dass immer ein Privatrecht vorliege, wenn es sich um Vermögensleistungen handelt. Das ist eben unrichtig. Es kömmt ganz darauf an, ob die Vermögensleistung aus einem privatrechtlichen oder aus einem öffentlichrechtlichen Grunde gemacht wird; andernfalls müsste man auch die Steuerforderungen unter die Privatrechte zählen. Wie Meyer zu jener unnatürlichen Scheidung zwischen ius publicum und actio civilis der Enteignung gelangte, ist übrigens sehr erklärlich. Im positiven Rechte ist nemlich meist der Ausspruch darüber, ob die Voraussetzungen der Enteignung gegeben sind, den Verwaltungsbehörden überwiesen, wogegen sonstige Streitigkeiten der Parteien vor Gericht auszutragen sind. Aus dieser höchst ungerechtfertigten Zerreissung des Zusammengehörigen in der formellen Behandlung folgt jedoch kein innerer Unterschied. Der Enteignungsanspruch bleibt nichts desto weniger ein obligatorischer Anspruch des öffentlichen Rechtes. Dieser Anspruch ist immer der gleiche, mag der Verpflichtete sich ihm fügen oder nicht. Es handelt sich stets um dieselbe obligatio, nicht bald um eine obligatio ex contractu bald quasi ex contractu, bei welch letzterer Bezeichnung man sich übrigens, obgleich sie römisch ist, doch eigentlich nicht viel denken kann. Es liegt eben hier, wie im öffentlichen Rechte meistens, eine obligatio ex lege vor. Der „Zwang", welchen man bei der Enteignung so sehr betont, bezeichnet nichts anderes, als das Vorhandensein einer gesetzlichen Verpflichtung; denn dass derjenige, welcher einen bestehenden Anspruch nicht befriedigt, zur Befriedigung genötigt wird, ist allgemeiner Rechtssatz und nichts dem Enteignungsrechte Eigenthümliches. Wenn aber Jemand, um diesen Zwang zu vermeiden, eine Sache gegen Entschädigung her-

gibt, sich also derselben entäussert, nicht weil er sie verkaufen will, sondern weil er den Entschädigungsanspruch anerkennt, so kann man sicher von keinem Vertrage (Kaufe) reden.

Ebenso undurchführbar wie die Scheidung zwischen ius publicum und actio civilis erscheint die, wonach zwar die Abtretungsklage eine öffentlichrechtliche, die Entschädigungsklage dagegen eine private sein solle; denn die eine wie die andere Klage haben in demselben Rechtsinstitute ihre Quelle, sie hängen zusammen wie die actio emti und venditi. Der Enteignungsanspruch besteht nicht selbstständig und unabhängig vom Entschädigungsanspruche; sondern ersterer wird nur insofern gegeben als dem letzteren Genüge geleistet wird; die Entschädigung ist eine der Vorbedingungen der Enteignung. (Vgl. Meyer a. a. O. S. 241.)

5. Unter die öffentlichrechtlichen Vermögensansprüche gehören endlich noch diejenigen, welche der Herrscher den Staatsangehörigen unter bestimmten Voraussetzungen gegen öffentliche Personenvereinigungen auf Grund der Angehörigkeit zu denselben gibt, wie das Recht der Theilnahme an gemeindlichen Anstalten, das Recht auf Armenunterstützung und dgl. Das letztere Recht kann jedoch auch in der Form vorkommen, dass der Träger des Anspruches nicht der Bedürftige selbst, sondern der Herrscher ist.

Ausser diesen Rechten aus Verpflichtung, welche auf ein dare gehen (Vermögensleistung), gibt es auch, wie erwähnt, solche auf ein facere (persönliche Leistung).

Ihr Ursprung beruht auf einem gemeinsamen Grundgedanken. Mag ein Einzelner oder eine Vielheit Träger der Herrschaft sein, immer ist es thatsächlich unmöglich, dass der Herrscher durch persönliche Handlung die Gesammtheit der staatlichen Aufgaben löse. Der Herrscher wird also genötigt sein, die Beihilfe der Staatsangehörigen

zur Wahrnehmung der öffentlichen Interessen zu beanspruchen. Er kann dies auf dem Wege des freiwilligen Uebereinkommens thun: er kann aber auch — und diesen Fall haben wir hier zu betrachten — die Leistung solcher Dienste als gesetzliche Pflicht auferlegen.

Diese persönlichen Dienste können sich auf alle Zweige der staatlichen Thätigkeit, auf die Gesetzgebung wie die Verwaltung beziehen. Eine Pflicht zur Mitwirkung bei der Gesetzgebung wird thatsächlich selten vorkommen. Desto häufiger eine Pflicht zur Beihilfe bei der Verwaltung. Es gehört hieher auf dem Gebiete der Rechtspflege die Verpflichtung zum Geschwornendienste und zu andern richterlichen Functionen: auf dem Gebiete der Verwaltung (i. e. S.) die Verbindlichkeit zur Uebernahme von sogenannten Ehrenämtern in der Gemeinde, dem Kreise, dem Staate. Eine nähere Darlegung dieser Verhältnisse ist nur im positiven Staatsrechte möglich.

Der Herrscher kann ferner den Staatsangehörigen die Verpflichtung auferlegen, zum Schutze des Staates mit ihrer Person einzutreten, das persönliche Dasein selbst für das allgemeine Interesse auf das Spiel zu setzen: und dies ist die weitgehendste aller persönlichen Pflichten — die Wehrpflicht.

Wir haben bisher die Fälle betrachtet, in welchen der Herrscher die Staatsangehörigen zu staatlichen Aufgaben unmittelbar heranzieht. Die Voraussetzung dabei ist, dass dieselben geistig und körperlich fähig seien, den gemeinsamen Interessen zu dienen. Diese Fähigkeit wird aber bedingt theils von natürlichen Anlagen der Individuen theils von der Pflege derselben durch Heranbildung.

Dem Herrscher muss also daran gelegen sein, dass die Bürger zur Theilnahme an der staatlichen Thätigkeit erzogen werden.

Er kann sonach Anstalten errichten, in welchen die von dem Interesse des Staates geforderte körperliche und geistige

Ausbildung vermittelt wird und kann deren Besuch den Staatsangehörigen zur gesetzlichen Pflicht machen — Schulpflicht.

Die allgemeine Schulpflicht bildet die notwendige Voraussetzung für die Betheiligung der Staatsangehörigen an der Wahrnehmung der Staatsaufgaben.

Wie die allgemeine Wehrpflicht den tiefsten Eingriff in das physische, so enthält die allgemeine Schulpflicht den tiefsten Eingriff in das geistige Dasein des Menschen.

Unter den öffentlichrechtlichen Verträgen ist besonders derjenige hervorzuheben, durch welchen der Eintritt in die Stellung des Beamten bewirkt wird. Der Vertrag auf Amtsübernahme begründet für den Herrscher das Recht zu verlangen, dass der andere Vertragstheil ihm seine Dienste zur Ausübung staatlicher Functionen zur Verfügung stelle, für den Beamten dagegen das Recht, gewisse materielle Leistungen zu fordern (Gehalt, Pension). Ein Recht, das Amt zu behalten, wird durch den Vertrag regelmässig nicht begründet, kann aber begründet werden, wie z. B. beim Richter. Der Vertrag wird durch Ausstellung einer Ernennungsurkunde an den Beamten vollzogen.

Es ist nicht richtig zu sagen, dass das Staatsdienstverhältniss durch eine Verfügung des Monarchen, welche die Ertheilung eines Privilegiums enthalte, einseitig begründet werde (Gerber Grundzüge S. 116); denn dieser einseitige Akt des Herrschers hat dann keine Wirkung, wenn die Zustimmung des Ernannten fehlt. In sonderbaren Missverständnissen bewegt sich hier auch Perthes (der Staatsdienst in Preussen, ein Beitrag zum deutschen Staatsrecht. Hamburg 1838, S. 53 ff.), der desshalb den Begriff des Vertrags ausgeschlossen sieht, weil der Herrscher, im Falle sich nicht genug Candidaten des Staatsdienstes fänden, das Recht habe, zum Staatsdienste zu zwingen. Sicher kann der Herrscher durch Gesetz eine Verpflichtung zum Staatsdienste begründen, aber so lange er dies nicht thut,

besteht sie doch wol nicht. Wo es aber, Mangels eines solchen Gesetzes, keine Zwangspflicht gibt, Beamter zu werden, kann auch Niemand durch einseitiges Rechtsgeschäft in diese Stellung kommen, sondern nur durch zweiseitiges, durch Vertrag. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass gesetzlich festgesetzt ist, dieser Vertrag müsse, wenn abgeschlossen, einen bestimmten Inhalt haben. Der Vertrag hat eben dann das Eintreten in dieses gesetzlich normirte Verhältniss zum Gegenstande. Die Ehe z. B. ist um nichts minder ein Vertrag, weil der Inhalt der beiderseitigen Verbindlichkeiten der Ehegatten theilweise gesetzlich ein für allemal feststeht. Man könnte hier wie dort das Vorhandensein eines Vertrages nur dann läugnen, wenn es einen Zwang zum Amte oder zum Heiraten gebe.

Soviel ist allerdings richtig, dass bei dem Verhältnisse des Beamten eine doppelte Seite, die innere und äussere, unterschieden werden muss. Der Vertrag auf Amtsübernahme erzeugt nach seiner Vollziehung Rechtswirkungen nach Aussen, ähnlich wie bei der privatrechtlichen Repräsentation. Diese Seite berührt uns hier nicht, sie fällt nicht unter den Begriff des Amtsvertrages; denn der amtliche Gehorsam, den der Beamte von anderen Staatsangehörigen zu fordern hat, ist natürlich nicht im Vertrage begründet, sondern im Gesetze. Dem Staatsangehörigen gegenüber kömmt nur die Anstellung, der Umstand also in Betracht, dass der Beamte berufener Vertreter des Herrschers ist.

Wir nannten als Inhalt des Vertrags für den Beamten das Recht auf Gehalt, wozu noch der Anspruch auf Titel und Rang treten kann. Es ist aber auch ein Vertrag denkbar, durch welchen der Beamte keinen Geldanspruch bekömmt, sondern sich zur unentgeltlichen Dienstleistung verpflichtet. Ein Recht auf das Amt selbst erwächst dem Beamten regelmässig nicht, vielmehr ist (vom Richter abgesehen) der Herrscher jeder Zeit in der Lage, ihn von dem Amte abzurufen. Umgekehrt ist auch der Beamte

nicht an das Amt gebunden, sondern kann vom Vertrage zurücktreten, seine Entlassung fordern.

Desswegen ist aber um nichts weniger ein Vertrag vorhanden, denn das Recht des Rücktrittes vom Vertrage hebt das Wesen des Vertrages nicht auf.

Ebenso wenig als sich das Dasein eines Amtsvertrages leugnen lässt, ebenso wenig kann man dessen öffentlichrechtliche Natur in Abrede stellen. Besonders Gerber (Ueber öffentl. Rechte S. 40) behauptet sehr entschieden: „Der Vertrag bezieht sich nur auf die privatrechtliche Seite des Verhältnisses.“ Wie dies gemeint ist, erhellt aus dem, was er an derselben Stelle oben sagt. Es kämen täglich Rechtsgeschäfte vor, welche der Staat abschliesse, um sich weitere Hilfeleistung zu verschaffen, als diejenige, welche ihm aus der Erfüllung der allgemeinen Unterthanenpflicht zuwachse, Verträge, in welchen Lieferung, Arbeit bedungen werde, ganz besonders die Staatsdienstverträge. Die materiellen Bedingungen, unter welchen Jemand einen Staatsdienst übernehme, stelle der Staat als Fiscus häufig nach freier privatrechtlicher Uebereinkunft mit dem Einzelnen fest.

Dies scheint uns nun nicht ganz logisch: es werden hier die einzelnen Bestandtheile des Staatsdienstvertrags auseinander gerissen blos der Ansicht zu Liebe, dass kein Vertrag im öffentlichen Rechte solle vorkommen können. Die Verpflichtung, die der Beamte im Vertrage übernimmt, ist doch jedenfalls eine öffentlichrechtliche; denn es handelt sich um öffentliche Dienste, Beihilfe bei Regierungshandlungen. Diese Verpflichtung ist — mag sie inhaltlich auch allgemein durch Gesetz geregelt sein, was übrigens nicht nötig ist — eine vertragsmässige; denn wider Willen wird man nicht Beamter.

Diese Seite des Vertrags wird von Gerber nicht beachtet; er sieht blos auf den staatlichen Uebertragungsact des Herrschers, wodurch Letzterer den Beamten mit der

Amtsgewalt bekleidet. Wir haben es aber hier mit dem Rechtsverhältnisse nach Innen zu thun.

Was die vom Herrscher übernommene Verbindlichkeit betrifft, so wird diese, wie schon erwähnt, regelmässig nicht in einem dem Beamten verliehenen Rechte auf das Amt, sondern nur in einem Rechte auf den Gehalt bestehen. Dieses letzte Moment ist es, das von Gerber zu ausschliesslich betont wird, und woraus er folgern möchte, dass der ganze Vertrag ein fiscalischer sei.

Dass dieser Schluss nicht zwingend ist, ergibt sich schon aus der einfachen Frage, wie denn Gerber in dem oben erwähnten Falle entscheiden würde, wenn Jemand ein Amt ohne Gehaltsanspruch, aber ebenfalls vertragsmässig übernimmt? Sollte das auch ein fiscalischer Vertrag sein?

Und abgesehen davon, so braucht wol nicht erst bewiesen zu werden, dass das Dasein einer Vermögensleistung noch nicht unbedingt für ein privatrechtliches Verhältniss spricht. Es gibt Vermögensansprüche in Menge auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes. Der Beamtengehalt (der ja auch gesetzlich geregelt sein kann, ebenso wie die Amtsbefugniss) ist die vom Herrscher als solchen gewährte Gegenleistung für die öffentlichen Dienste. Der Anspruch auf denselben ist geradeso gut ein öffentlichrechtlicher, wie der Entschädigungsanspruch aus der Enteignung.

Nach der Rechtsquelle, aus welcher er seine Wirksamkeit ableitet, und nach seinem Zwecke ist sonach der Staatsdienstvertrag öffentlicher Natur.

Die von uns hier vertretene Auffassung kann keinen Anspruch auf allgemeine Anerkennung machen. Vielmehr ist die Lehre vom „Anstellungsvertrage“ gewisser Massen in Verruf gekommen, vorzüglich desshalb, weil man darin eine privatrechtliche Auffassung und eine Verkennung der „organischen“ Natur des Staates sah.

Vielleicht dürfte mit der Beseitigung dieser letzteren Bedenken die Vertragstheorie wieder Boden gewinnen. —

Die zweite Gattung der persönlichen Ansprüche des öffentlichen Rechtes bilden die aus Verletzung hervorgehenden.

Gegenstand der Verletzung auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes ist stets das gemeinsame Interesse, welches in der Rechtsordnung seinen Ausdruck gefunden hat. Die Verletzung liegt also darin, dass der Wille des Einzelnen eine dem Willen des Herrschers feindliche That hervorgerufen hat. Diese Thatsache kann natürlich ebenso wenig ungeschehen gemacht werden, als der Wille, aus dem sie entsprang. Wenn daher aus dieser Thatsache ein Anspruch abgeleitet wird, so kann dessen Gegenstand nicht der sein, die verletzende That zu beseitigen, sondern nur der, ihre Wirkungen zu vernichten. Die That enthält einen Angriff auf die Sicherheit der Rechtsordnung; der Anspruch muss also die Sicherung derselben zum Gegenstande haben. Diese kann selbstverständlich nicht für die Vergangenheit bewirkt werden, sondern nur für die Zukunft, und zwar dadurch, dass es dem Thäter verleidet wird, die Rechtsordnung abermals anzugreifen. Der Anspruch wird sohin darauf gehen, dass dem Verletzenden ein Leiden auferlegt werde. Dieses Leiden nennt man die Strafe. Die Strafe soll demnach zweckgemäss nicht weiter gehen als nötig ist, um den Verletzenden von künftiger Verletzung abzuhalten. Diese Abhaltung kann eine doppelte Richtung haben: eine psychische und eine physische, d. h. der Herrscher kann sich als Ziel setzen, zu bewirken, dass der Verletzende (Verbrecher) nicht mehr verletzen will oder dass er nicht mehr verletzen kann. Jedoch kann der Herrscher nach der Natur seine Herrschaft auch auf den Willen nur mittelbar durch äusseren Zwang einwirken; er muss sich daher, mag er dieses oder jenes Ziel verfolgen, physischer Mittel bedienen, der Strafen. Nur wird der äussere Zwang ein verschieden gearteter sein, je nachdem sein Zweck die Beseitigung des rechtswidrigen Willens oder die Besei-

tigung der **Möglichkeit** des rechtswidrigen Willens ist. Letzteres Ziel wird sich der Herrscher nur stecken, wenn er an der Erreichung des ersteren verzweifelt. In erster Linie wird sein Bestreben sein, den Willen des Verbrechers dahin zu bestimmen, dass derselbe der Rechtsordnung nicht mehr feindlich entgegen tritt; erst wenn der Herrscher der Ueberzeugung ist, dass er diese **Besserung** des Willens nicht erreichen kann, wird er den Verbrecher **unschädlich** machen. In beiden Fällen aber ist das Ziel die **Sicherung** der Rechtsordnung; es ist sonach die Besserung nicht Zweck der Strafe, sondern Mittel zum Zwecke. Aber auch da, wo der Herrscher den Verbrecher unschädlich zu machen genötigt ist, soll die Strafe nicht weiter gehen als der Zweck erheischt. Es ist also das härtere Mittel verwerflich, in so ferne das mildere genügt.

Ob nun der Herrscher annehmen darf, dass Besserung möglich ist, oder ob er diese Möglichkeit ausschliessen muss, ist praktische Frage. Und zwar würde sich diese Frage mit absoluter Sicherheit nur in Rücksicht auf die einzelne Persönlichkeit lösen lassen. Auch dieser gegenüber lässt sich jedoch, der Natur der menschlichen Erkenntniss zu Folge, nie eine Gewissheit, sondern nur eine Wahrscheinlichkeit erhalten. Das Ideal der unbedingten Uebereinstimmung von Mittel und Zweck ist für das Strafrecht unerreichbar. Das nächste Kriterium für die Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Besserung gibt die Art und Weise, wie sich der Wille des Verbrechers in seiner That geoffenbart hat. Dies wäre also der unmittelbarste Massstab der Strafe. Die Beurtheilung selbst aber, auf welche Intensität des Willens aus der That zurückgeschlossen werden kann, ist subjektiv. Es würde demnach die Strafbemessung im einzelnen Falle aus einem doppelten subjektiven Momente, der Subjektivität des Verbrechers und der Subjektivität des Richters, sich ergeben. Die Unsicherheit und Ungleichheit, welche in der Strafbemessung in Folge des Umstandes

notwendig zu Tage treten müsste, dass von verschiedenen Personen und zu verschiedener Zeit das Urtheil zu fällen ist, wird durch die Strafrechtsordnung beseitigt, welche einerseits nach einem Durchschnitts- und Wahrscheinlichkeitsmass die subjektive Willensbeschaffenheit des Thäters aus seiner Handlung bemisst, andrerseits die Subjektivität des Urtheilenden in Schranken bannt und zwar so, dass sie ihm regelmässig gestattet innerhalb gewisser Grenzen nach individuellem Ermessen die mit Rücksicht auf die individuelle Willensbeschaffenheit des Verbrechers dem Strafzwecke entsprechende Strafe zu berechnen.

Für die Fälle, wo die in dem Strafgesetze niedergelegte Wahrscheinlichkeitsrechnung sich zum Nachtheile des Angeklagten als offenbar falsch erweist, behält sich der Herrscher vor, durch eine lex specialis die angemessene Strafe zu verhängen oder die Strafe, als durch das allgemeine Interesse nicht geboten, aufzuheben — Begnadigungsrecht.

Aus der Natur des Gegenstandes der Verletzung ergibt sich, dass der Träger des Anspruches regelmässig der Herrscher, als Hüter der gemeinsamen Interessen, ist. Soferne ausser der Verletzung der allgemeinen auch eine Verletzung individueller Interessen gegeben ist, kann neben dem Strafanspruche auch ein individueller bestehen, und zwar, je nach der Natur der Verletzung, ein privatrechtlicher oder ein öffentlichrechtlicher — Busse.

Was nun als eine Verletzung der öffentlichen Interessen zu erachten sei, ist nicht nach allgemeinen Regeln zu bestimmen, sondern kann nur aus dem positiven Rechte des einzelnen Staates bemessen werden.

Zwei Classen von Verletzungen lassen sich jedoch grundsätzlich unterscheiden.

Die verletzende Handlung kann nemlich entweder einen direkten Angriff auf die Gesammtinteressen enthalten (Hochverrat, Aufstand); oder sie kann einen so intensiven Angriff auf individuelle Interessen enthalten, dass die Ge-

sammtinteressen dadurch geschädigt, bedroht erscheinen (Mord, Raub, Notzucht, Diebstahl). Hier vorzugsweise liegt die veränderliche Grenze des Privatrechtes und Strafrechtes. Bei verschiedenen Völkern und zu verschiedenen Zeiten hat man in derselben Verletzung von Individualrechten eine öffentlich strafbare Handlung gesehen oder nicht. Wir erinnern nur an die römischen Begriffe von furtum, iniuria und dergleichen. —

Neben den öffentlichen Sachen- und Personenrechten haben wir nunmehr eine dritte Kategorie von öffentlichen Rechten aufzustellen, welche eine Gesammtheit von Sachen und Personen umfassen — die Rechte am Staat und an Staatstheilen.

Der Wille des Herrschers umfasst Land und Volk ohne jede rechtliche Grenze; der Herrscher hat die thatsächliche Macht über den Staat. Diese trägt ihre Schranke nur in sich selbst, in ihrer innern Natur. Was im concreten Staate als gesetzliche Beschränkung des Herrscherwillens erscheint, das ist nicht eine von einer höhern Gewalt dem Herrscher auferlegte, sondern eine von ihm selbst sich gesetzte.

Während sonach die Staatsgewalt des Herrschers den Charakter des Rechtes nicht an sich trägt, erscheint jede Befugniss, welche der Herrscher Einzelnen oder ganzen Classen von Staatsangehörigen verleiht, ihren Willen am Staate, sei es an des Herrschers Statt, sei es neben demselben geltend zu machen, als ihr Recht.

Was man als „politische Rechte“ der Staatsangehörigen zu bezeichnen pflegt, gehört hauptsächlich hieher.

Versuchen wir eine Uebersicht jener Rechte zu geben, welche als Rechte am Staate erscheinen, so erhalten wir folgende Classen:

1. Rechte auf Ausübung des Herrscherwillens, Amtsrechte. Das Amt nach seiner äussern Seite (im Gegensatze zu der oben besprochenen innern) verleiht das Recht, seinen Willen innerhalb des Staates oder eines Staatstheiles

im Namen des Herrschers geltend zu machen, und daher denselben Gehorsam zu fordern, welchen der Herrscher verlangt. Da aber das Amtsrecht ein abgeleitetes ist, so besteht es nur innerhalb der Grenzen, welche der Herrscher dem Beamten gesetzt hat.

Dieselbe Thätigkeit, welche den Staatsangehörigen gegenüber Recht des Beamten ist, erscheint dem Herrscher gegenüber als seine Pflicht.

Da im Rechte des Beamten zugleich der Wille des Herrschers verletzt ist, so ergibt sich, dass der Herrscher es regelmässig nicht in die Willkür des Beamten legen kann, die Verletzung seines Rechtes zu verfolgen oder nicht. Vielmehr nimmt der Herrscher unmittelbar diese Verfolgung in die Hand. Der Anspruch aus der Verletzung des Beamtenrechtes erscheint vom Gesichtspunkte des Herrschers aus als ein strafrechtlicher, weil es sich um einen Angriff auf die von ihm vertretenen öffentlichen Interessen handelt.

2. Rechte auf Theilnahme am Herrscherwillen. Diese Rechte treten regelmässig nur da auf, wo die Herrschaft im Besitze eines Einzigen ist. Und zwar sind diese Rechte entweder mittelbare oder unmittelbare. Die mittelbaren Rechte bestehen in der Befugniss, Personen zu bezeichnen, welche an der Herrscherthätigkeit theilzunehmen berufen sind — aktive Wahlrechte, und in der Fähigkeit einer solchen Wahl Folge zu leisten — passive Wahlrechte; die unmittelbaren dagegen haben die Mitwirkung bei der Regierung des Staates zum direkten Inhalte, sogenannte Rechte der Volksvertretung. Die einen und die andern Rechte sind individuelle, nicht körperschaftliche und es sind die Rechte der Abgeordneten nicht abgeleitete Rechte aus Auftrag, sondern in gesetzlicher Ordnung direkt begründete. In dieser Beziehung ist kein Unterschied zwischen denjenigen Personen, welche unmittelbar kraft Rechtssatzes und denen, welche zu Folge einer Wahl zur Theilnahme an bestimmten Functionen der Herrschergewalt be-

rufen sind. Ausserdem kann nie genug betont werden, dass es keine Rechte der Kammern als solchen, sondern nur Rechte der einzelnen Kammermitglieder gibt, und es sind diese Rechte öffentliche, d. h. sie haben die Wahrnehmung allgemeiner, nicht Standes- oder Classeninteressen zum Gegenstande. Durch dieses Merkmal unterscheiden sich die Rechte der modernen Kammern von jenen der ständischen Versammlungen. Diese letztern hatten nur die Wahrnehmung von individuellen oder Standesinteressen zur Aufgabe und eben desshalb waren ihre Rechte nicht öffentliche, sondern Privatrechte. Diese letztere Auffassung des Volksvertretungsrechts erscheint als ein Symptom und zwar als das Hauptsymptom jener unseligen Verirrung des Mittelalters, welches in ständischer Erstarrung und in egoistischer Interessencoalition den lebendigen Staatsgedanken verloren hatte. Zu verhüten, dass der moderne Staat in neuen Bahnen nicht in diesen alten Fehler falle, ist die höchste Culturaufgabe unserer Zeit.

Der Inhalt der hier beschriebenen Rechte ist nach dem concreten Staatsrechte verschieden. Ueberall beziehen sie sich auf die Theilnahme an der Gesetzgebung; doch ist ihr Umfang mit diesem Gebiete regelmässig nicht erschöpft: auch zur Mitwirkung bei Aufgaben der Verwaltung sind die Volksvertretungen berufen. Eines aber ist hervorzuheben, was Gerber (Grundzüge S. 121) zu sehr glücklichem Ausdrucke gebracht hat. Inhalt dieser Rechte ist „nicht, zu herrschen, sondern beschränkend zum herrschenden Willen hinzuzutreten".

3. Rechte auf Ersetzung des Herrscherwillens.

Der Wille des Herrschers soll seinem Wesen nach kein durch egoistische Beweggründe, sondern ein durch allgemeine Interessen bestimmter sein. Es werden aber die Interessen am Besten von denen gekannt, welche sie haben. Darum zieht der Herrscher in den unter 2 erwähnten Fällen die Betheiligten zur Mitwirkung an seiner Thätigkeit

heran und gibt durch seinen Herrscherwillen den subjektiven Bestrebungen der Beherrschten das objektive Mass.

Es gibt aber auch Interessen engerer Kreise im Staate, welche immerhin öffentliche sind, deren Wahrnehmung jedoch gleichwol der Herrscher in die Hand der Interessenten selbst legen kann. Hier empfängt die Thätigkeit der Betheiligten ihre objektive Regelung nicht durch eignes unmittelbares Mitwirken des Herrschers, sondern lediglich durch Aufstellung gesetzlicher Schranken. Es sind dies die sogenannten Autonomie- und Selbstverwaltungsrechte (der Gemeinden, Kreisverbände etc.) Die Art der Berufung zur Ausübung dieser Rechte ist dieselbe wie in den unter Ziff. 2 erörterten Fällen. (Wahlrechte und Rechte aus der Wahl). Aber der Inhalt der Rechte ist ein verschiedener. Während es sich dort um Mitwirkung oder Theilnahme am Herrscherwillen handelt, handelt es sich hier um Ersetzung des Herrscherwillens. Diese Rechte gehen naturgemäss nicht weiter, als es durch den Herrscher im Gesetze zugestanden ist, und es wird sich der Herrscher die Befugniss vorbehalten, darüber zu wachen, dass dieselben nicht im Widerspruche mit dem öffentlichen Interesse ausgeübt werden.

V. Abschnitt.

Das Verfassungsrecht.

Das Verfassungsrecht hat die Bestimmung der Organe zu seinem Gegenstande, mittels welcher der Herrscher die staatlichen Aufgaben wahrnimmt.

Das Verfassungsrecht bestimmt sonach:

I. Die Organisation der Gesetzgebung;

II. Die Organisation der Verwaltung und zwar:

1. der Privat- und öffentlichen Rechtspflege;
2. der innern und Finanzverwaltung.

III. Die Organisation des Heeres;

IV. Die Organisation für die äussern Beziehungen des Staats.

In dieser Bestimmung ist aber ein Doppeltes enthalten;

einmal nemlich die Art und Weise der Zusammensetzung der für die vorbezeichneten Aufgaben berufenen Organe,

sodann die Abgrenzung des Wirkungskreises, innerhalb dessen diese Organe zum Handeln zuständig sind.

In welchen äussern Formen dagegen in diesem Kreise die bestellten Organe zu wirken haben, ist nicht vom Verfassungsrechte, sondern vom Rechte des Verfahrens zu regeln.

Aus der Natur des in Rede stehenden Rechtsstoffes erhellt, dass der allgemeinen Staatslehre hier nur ein beschränktes Feld der Darstellung gegeben ist. Denn hier

wie sonst nirgends bieten die einzelnen Staaten eine wechselnde Fülle von Erscheinungen.

Die ganze Gestaltung des Verfassungsrechtes ist bedingt von der Thatsache, wer Inhaber der Herrschaft ist, ob ein Einziger — Monarchie, ob eine geringere Zahl — Oligarchie, ob eine Menge — Demokratie. Aber auch diese einzelnen Gattungen der Herrschaft fördern im concreten Staate wieder mannigfaltige Verschiedenheiten der Organisation zu Tage, welche unter einheitliche Gesichtspunkte zu bringen fast zu den Unmöglichkeiten zählt. Bei geschichtlicher Betrachtung erscheint den Grundgedanken nach am gleichmässigsten die Organisation der Privatrechtspflege, am ungleichmässigsten die Organisation der Gesetzgebung ausgebildet.

Wenden wir uns zur näheren Betrachtung der letzteren, so ergeben sich folgende Möglichkeiten:

1. Der Herrscher bedient sich zur Gesetzgebung gar keiner Organisation, er spricht seinen Herrscherwillen unmittelbar und absolut aus: dies kann bei der Monarchie, Oligarchie und Demokratie vorkommen. Es wird bei der Oligarchie nahezu ausnahmslos der Fall sein, bei der Monarchie häufig, bei der Demokratie am seltensten. Diese Formen der Gesetzgebung sind für Herrscher und Staat die gefährlichsten, weil hier die Möglichkeit, dass der Herrscherwille seiner Natur uneingedenk und zum egoistischen wird, am nächsten liegt. Es entartet hier leicht die Monarchie zur Despotie, die Oligarchie zur Aristokratie, die Demokratie zur Ochlokratie d. h. es wird dem allgemeinen Interesse das persönliche bezw. jenes des Besitzes oder der Besitzlosen übergeordnet.

2. Der Herrscher übt die Gesetzgebung nicht unmittelbar selbst aus, sondern bestellt Organe, die statt seiner Gesetze geben. Diese Organisation ist vorzugsweise der Demokratie eigenthümlich.

3. Der Herrscher übt die Gesetzgebung zwar unmittelbar selbst aus, bindet sich aber an die Mitwirkung von Organen, welche von den Beherrschten bestellt werden. Diese Organisation bietet die meiste Sicherheit dagegen, dass der Herrscherwille zum egoistischen entartet. Sie ist der Monarchie eigen und regulirt den Willen des Herrschers durch den Willen der Unterthanen, den Willen der letztern aber durch den Willen des Herrschers. Diese Organisation ist die geschichtlich jüngste und unter dem Namen der constitutionellen Monarchie bekannt.

Nicht leicht knüpft sich an irgend welche staatliche Einrichtung ein so tief gehendes Interesse, wie an diese, und sie erscheint desshalb der sorgfältigsten Betrachtung würdig.

Zweck der an der gesetzgebenden Thätigkeit des Monarchen betheiligten Organe ist, die Interessen der Beherrschten bei dem gesetzgeberischen Willen zur Geltung zu bringen. Die Gesetzgebung hat die Aufgabe, dasjenige als allgemein bindend auszusprechen, was im gemeinsamen Interesse Aller liegt und nichts auszusprechen, was, die Interessen eines Theiles fördernd, die Intessen eines andern Theiles schädigt. Es soll also der gesetzgeberische Wille des Herrschers gleiches und gerechtes Mass für Alle bieten.

Nach diesem Zwecke der Gesetzgebung hat der Herrscher die Organe einzurichten, welche er zur Mitwirkung bei der Gesetzgebung berufen will. Er muss Sorge tragen, dass alle in den Beherrschten vorhandenen Interessen bei den Gesetzgebungsorganen zur gleich bemessenen Vertretung kommen, und dass kein Interesse ein Uebergewicht über andere, gleichberechtigte Interessen erlange.

Darum ruht in der Organisation der Gesetzgebung Wol und Wehe des ganzen Staates.

Wenn daher der Herrscher an die Aufgabe geht, die Organe der Gesetzgebung zu schaffen, muss er sich zunächst Rechenschaft darüber ablegen, in welcher Weise die Interessen innerhalb des Kreises der Staatsangehörigen wirken.

Es wird sich ihm hier sofort eine Bemerkung aufdrängen.

Derselbe Trieb der Interessengemeinschaft, welcher die Individuen zur Staatsbildung vereinigte, wirkt im Staate selbst fort. Im Staate finden die allgemeinsten Interessen ihre Einigung; aber neben diesen Interessen gibt es noch solche, welche, wenn auch nicht sämmtlichen Staatsangehörigen, so doch einer grösseren Zahl derselben gemein sind. Mit andern Worten: wie sich die Menschheit durch den Trieb gemeinsamer Interessen im Staate gliedert, so gliedert sie sich nach dem gleichen Triebe innerhalb des Staates in der Gesellschaft. Es gesellen sich im Staate diejenige zusammen, welche neben den allgemeinsamen, noch weitere gleiche Interessen haben.

Gehen wir nun darauf zurück, was eigentlich jedem Interesse zu Grunde liegt, so werden wir finden, dass dies nichts Anderes ist, als der Trieb zu existiren. Um existiren zu können, muss der Mensch eine Thätigkeit entfalten d. h. die physische Aussenwelt sich dienstbar machen. Hiebei hat er bemerkt, dass diese Thätigkeit eine wirksamere ist, wenn sie eine gemeinschaftliche, dass sie aber die wirksamste dann ist, wenn jeder das seiner natürlichen Fähigkeit Angemessenste für sich und Andere thut, gleiche Dienste von jenen empfangend. Die Notwendigkeit der Theilung der Arbeit ist das mächtige einende Element der Menschheit.

Indem jeder sich diejenige Thätigkeit erwählt, welche seiner individuellen Anlage am meisten entspricht, bilden sich innerhalb der staatlich vereinigten Menschen Gruppen, welche durch gemeinsame Art des Schaffens, durch den gemeinsamen Beruf verbunden sind. Was sie verbindet, ist das gemeinschaftliche Interesse, sich für das Erzeugniss ihrer Berufsarbeit den grösstmöglichen Antheil am Erzeugnisse der übrigen Arten von Thätigkeiten zu verschaffen. Eine solche durch die Gemeinsamkeit des Berufes vereinigte Zahl von Menschen bildet einen Stand. Der Begriff des Standes ist kein absoluter, an und für sich feststehender: je nach-

dem man innerhalb der Gesellschaftsgruppen auf die gemeinsamen oder auf die verschiedenen Interessen (auf die gemeinsamen oder die verschiedenen Merkmale der Thätigkeit) sieht, fügen sich dem Auge des Beschauers Gruppen zu Einheiten zusammen, oder lösen sich Gruppen in Einheiten auseinander. Damit erledigt sich wol der Witz Riehl's (die bürgerliche Gesellschaft. 1855. S. 232): so gut man von einem geistlichen Stand, Beamtenstand, Handwerkerstand spreche, müsse man auch von einem Schneiderstand, Bürstenbinderstand, Steinklopferstand, Holzspalterstand reden.

Die natürliche Ständebildung geht aus der freien Wahl des den individuellen Fähigkeiten zusagenden Berufes durch die Staatsangehörigen hervor. Der Herrscher kann nichts Verderblicheres thun, als in dieses freie Wahlrecht einzugreifen und so die Individuen an der angemessenen Verwendung ihrer Kräfte zu hindern.

Im Verhältnisse unter einander eignen sich die einzelnen Stände von der Gesammtproduktion des Volkes einen um so grösseren Theil an, eine je höhere und seltenere Befähigung die Thätigkeit des betreffenden Standes erfordert. Jeder Stand trachtet sonach, sich in möglichst abgeschlossener Zahl zu erhalten, die an und für sich höher befähigten Individuen aus niederem Stande nicht empor kommen zu lassen. Jeder Stand hat die Neigung, sich blos aus den Abkommen der ihm angehörenden Individuen zu ergänzen, zum Geburtsstande, zur Kaste zu werden. Wie verderblich das ungehinderte Walten dieser Neigung dem Staate werden muss, erhellt aus dem oben Dargelegten. Aber auch da, wo diese Entwicklung unglücklicher Weise sich vollzogen hat (Mittelalter), zieht der Geburtsstand den Grund seiner Berechtigung aus dem gemeinsamen Berufe. Kann er sich in dieser Gemeinsamkeit nicht halten, so ist er rettungslos verloren, der Geburtsstand, der nicht Berufsstand ist, muss in den Berufsständen untergehen. Es ist gerade umgekehrt,

wie Riehl (a. a. O.) meint, der Berufsstand ist der echte, der Geburtsstand der unechte Stand.

Jeder zur Kaste gewordene Berufsstand muss aber notwendig den eben beschriebenen Absterbungsprozess durchmachen und zwar desshalb, weil er zu einem bestimmten Berufe die Individuen nicht nach dem Massstabe der Befähigung, sondern nach dem Zufalle der Geburt heranzieht. Und zwar degenerirt die Kaste um so rascher, je höher ihr Beruf, weil dann unter den durch Geburt Berufenen der Prozentsatz der Befähigten der Geringste ist.

Es ist nicht zu verkennen, dass eine richtig bemessene Vertretung für das ständisch frei gegliederte Volk weit schwerer zu finden ist, als für fest abgeschlossene Kasten oder Geburtsstände. Dieses sind Versteinerungen, die denn allerdings auch feste Umrisse aufzuweisen haben, die Berufsstände dagegen in stetem lebendigem Flusse, in Neu- und Umbildung begriffene Organismen, die nur in grossen und weiten Linien sich umgrenzen lassen. (Vgl. Bischof, das Notrecht der Staatsgewalt. Giessen 1860, S. 17.) Auch bei einer zu sehr ins Kleinliche gehenden Classificirung der letzteren würde daher der Gesetzgeber seinen Zweck verfehlen.

Im Ganzen und Grossen wird sich folgende Gruppirung ergeben:

1. Geistige Thätigkeit.
2. Physische Thätigkeit.
   a. Bearbeitung des Grundes und Bodens.
   b. Bearbeitung beweglicher Sachen
      α. verbunden mit dauernden Vorrichtungen auf Grund und Boden (Fabrikation).
      β. ohne solche (Handwerk).
   c. Umsatz beweglicher Sachen (Handel).

Innerhalb dieser Gruppen zeigt sich dann ein weiterer und wichtiger ständischer Gegensatz jener, welche fremde Arbeitskräfte um Lohn sich dienstbar machen (Capitalisten) und jener, welche ihre Arbeitskräfte an Andere vermiethen

(Arbeiter). Zwischen beiden Gruppen steht vermittelnd die Classe derjenigen, welche weder fremder Arbeitskraft sich bedienen, noch auch ihre Arbeitskraft verdingen, sondern die eigenen Arbeitserzeugnisse unmittelbar verwerten.

Wir mussten uns diese Abschweifung in die Gesellschaftslehre um dessentwillen gestatten, weil wir die Frage zu beantworten haben, in welcher Weise der Herrscher bei der Gesetzgebung die Gesellschaftsinteressen zur Vertretung gelangen lassen soll.

Die Antwort ergibt sich nunmehr leicht. Er soll diese Vertretung den ständischen Gesellschaftsgruppen entnehmen d. h. also den echten oder Berufsständen; und er soll diese an der Organisation in der Art betheiligen, dass kein ständisches Interesse die übrigen zu unterdrücken in der Lage ist, sondern dass bei gleicher Vertretung Aller sich für Alle die Nötigung ergibt, eine Versöhnung der Gegensätze zu suchen.

Eine ständische Vertretung in diesem Sinne ist die vollkommenste Organisation der Gesetzgebung.

Grundsätzlich verwerflich sind daher

1. jene Organisationen, welche auf der Grundlage unechter oder bloser Geburtsstände beruhen;
2. jene Organisationen, welche den Berufsständen gar keine Rechnung tragen und nicht das gesellschaftlich gegliederte Volk, sondern nur die regellose Masse der Individuen nach Kopfzahl zur Vertretung bringen (suffrage universel);
3. jene Organisationen, bei welchen die Staatsangehörigen lediglich nach Massgabe ihrer finanziellen Leistungen an die Staatskasse in Berücksichtigung kommen. —

Die zweite organisatorische Thätigkeit bezieht sich auf die Rechtspflege und auf die Verwaltung. (Organisation der Verwaltung im w. S.) In die Einzelheiten derselben können wir hier nicht eingehen. Dies ist die Aufgabe nicht

der allgemeinen Staatslehre, sondern der Darstellung des positiven Staatsrechts. Wol aber sind es grosse grundsätzliche Fragen, welche unsere Aufmerksamkeit hier in Anspruch nehmen.

An und für sich betrachtet ist eine thatsächliche Unmöglichkeit nicht vorhanden, dass der Herrscher sowol die Rechtsprechung als die Verwaltung, demnach die Privat- und öffentliche Rechtspflege, die innere und Finanzverwaltung, in die Hände einer einzigen Ordnung von Behörden legt.

Die Verfassungen der verschiedenen Staaten weisen jedoch durchgängig eine Vertheilung der Aufgaben der gesammten Staatspflege unter mehrere Systeme von Behörden auf, wobei in mannigfacher Weise die einzelnen Zweige der Verwaltung (i. w. S.) bald getrennt bald in Einem Aemtersystem vereinigt erscheinen.

Prüfen wir vom Standpunkte der Wissenschaft, welche Organisation der Staatsverwaltung nach dem Wesen ihrer vierfachen Thätigkeit die angemessenste ist, so ergibt sich uns Folgendes.

Die Aufgabe der Rechtspflege und die der Verwaltung (i. w. S.) sind ihrem inneren Wesen nach scharf unterschiedene.

Der Rechtspflege obliegt die Sorge, dass die gesetzlichen Grenzen, welche der Herrscher der Verfolgung der Interessen angewiesen hat, gewahrt werden. Diese Obsorge ist eine gleichartige für das öffentliche wie für das Privatrecht. Denn gleichwie das Letztere die Schranken feststellt, innerhalb welcher jeder den individuellen Interessen Anderer gegenüber sich zu halten hat, so zieht die öffentliche Rechtsordnung die Linie zwischen den öffentlichen und den Einzelinteressen.

Dagegen ist es die Bestimmung der Verwaltung, innerhalb der Grenzen und auf dem Boden des Rechtes das dem öffentlichen Interesse Dienliche zu thun.

Die Staatsverwaltung entfaltet in diesem Kreise zu Gunsten des gemeinsamen Woles eine gleichartige Thätigkeit mit derjenigen, welche der Einzelne, ebenfalls in den Schranken des Rechtes, bei Verfolgung seiner persönlichen Bedürfnisse entwickelt. Die Staatsverwaltung ist gleichsam die grosse gemeinsame Haushaltung Aller. Vollzug der Rechtsordnung ist sonach nicht das Ziel der verwaltenden Thätigkeit weder im Staate noch im Einzelhaushalte, sondern ihr Ziel ist die Befriedigung eines Interesse's unter Wahrung der Rechtsordnung. Dies hat schon Perthes (a. a. O. S. 3) sehr wol eingesehen. Er sagt: „Das Recht schreibt die Grenze vor, welche der Staatsdiener (Verwaltungsbeamte) bei seiner Thätigkeit nicht überschreiten darf, aber die Wirksamkeit innerhalb dieser Grenzen lässt sich aus dem Rechte nicht erkennen.“ „Der Richtende dagegen muss sich verschliessen für jede Rücksicht auf Menschen und Zeiten, für jede Rücksicht auf das augenblickliche Interesse des Staats.“ (a. a. O. S. 24) Der bestimmende Grund für die Verwaltung ist daher das Interesse, der bestimmende Grund für die Rechtspflege das Gesetz. Die Verwaltung sorgt, dass innerhalb der Rechtsgrenze das Nützliche geschieht (quod mihi prodest), die Rechtspflege sorgt, dass nicht über die Rechtsgrenze hinaus das einem Andern Schädliche geschieht (quod tibi nocet); die Verwaltung beachtet die Grenze, die Rechtspflege bewacht sie.

Es lassen sich sonach verschiedenere Aufgaben nicht leicht denken, als die der Rechtspflege und die der Verwaltung. Wol darf auch Letzterer das Recht nicht fremd sein; aber sie betrachtet es mit einem andern Auge als die Rechtspflege. Ihr ist es Schranke der Thätigkeit, dieser ist es Gegenstand derselben. In Berührung mit dem Rechte stehen also beide und hieraus ergibt sich ein der Verwaltung des Staats und des Einzelnen mit der Rechtspflege gemeinsames Moment, welches jedoch nichts ist als die Grenze der Gegensätze. Bähr (Rechtsstaat S. 53) ent-

wickelt dies sehr schön. Er sagt: „Bei der Prüfung der Rechtmässigkeit unsers Handelns haben wir ganz die nemliche geistige Operation vorzunehmen, die auch dem Richter bei Prüfung der Rechtmässigkeit einer vor ihm streitig gewordenen Handlung obliegt. Gleichwol ist unsere Prüfung keine richterliche. Denn wir prüfen vom Standpunkte unseres Interesse's, und was wir als berechtigt erkennen, erachten wir für unser subjektives Recht. Der Richter dagegen prüft das vor ihn Gebrachte lediglich als Vertreter der objektiven Rechtsordnung, und sein Ausspruch bildet desshalb objektives Recht."

Man könnte nun freilich einwenden, diese Analogie zwischen dem individuellen Handeln und dem Handeln des mit Verwaltung des Gemeinwols betrauten Individuums sei nicht ganz zutreffend. Der für den Staat Verwaltende sei ja nicht Wahrer seiner subjektiven, sondern der ihm persönlich fremden, staatlichen Interessen. Letzeres ist allerdings richtig. Allein die Hauptaufgabe des Verwaltenden besteht doch darin, seine Subjektivität dem staatlichen Interesse dienstbar zu machen, dasselbe mit dem nemlichen Eifer zu verfolgen wie das seinige. Dabei mag es im Ganzen wahr sein, dass es dem Verwaltenden nicht gelingt, sich mit dem staatlichen Interesse so zu identificiren als ob es sein eigenes wäre. Aber immerhin bleibt dies das von ihm zu erstrebende Ziel. Je objektiver er also ist d. h. je mehr er sich individuell von dem Interesse loslöst, das er zu vertreten hat, als ein um so schlechterer Verwalter muss er erscheinen. Und umgekehrt, je mehr er das staatliche Interesse zum seinigen macht, um so weniger ist er objektiv, um so schlechter also wahrt er das Recht. Ein Interesse subjektiv verfolgen und zwischen diesem Interesse und dem eines Andern objektiv richten, das sind eben so innerlich verschiedene Aufgaben, dass sie in ein und derselben Hand unmöglich vereinigt werden können. Der Mensch, dem man so eine unnatürliche Doppelstellung zumutet,

mag, hin und her gezerrt von widerstreitenden Gefühlen, wol verzweifelnd ausrufen: Zwei Seelen wohnen, ach, in meiner Brust! „Wie der Vormund das persönliche Wol seines Mündels, so hat die Regierungsgewalt das Gemeinwol zu vertreten und dabei gleich jenem, Recht und Gesetz als Schranke zu wahren. Die Prüfung, die sie in dieser Beziehung vornimmt, mag sie immerhin auch eine Rechtsprüfung sein, ist desshalb noch keine richterliche, weil sie dieselbe nicht vom Standpunkte der objektiven Rechtsordnung, sondern vom Standpunkte der von ihr zu vertretenden anderweiten Interessen vornimmt". (Bähr S. 53).

Aber nicht nur die innere Verschiedenheit der rechtsprechenden und verwaltenden Thätigkeit macht deren Zusammenfassung in einer Hand ohne damit verbunden Schädigung der einen oder andern Aufgabe unmöglich; es erfordert auch die Rechtsprechung und Verwaltung eben in Folge ihrer eigenthümlichen Natur jede eine eigenthümliche Organisation.

Der Beruf der Rechtsprechung ist es, die rechtlichen Grenzen widerstreitender Interessen durch Anwendung des Gesetzes auf den gegebenen Fall objektiv festzustellen.

Der Richter muss sonach

1. das Recht kennen;
2. das Recht anwenden wollen;
3. das Recht anwenden können.

Die ganze Organisation muss demgemäss darauf berechnet sein, dass diese drei Momente in den mit dem Richteramte betrauten Individuen möglichst rein zur Geltung kommen.

Dies wird dadurch erreicht, dass der Herrscher zur Rechtsprechung nur Gesetzeskundige beruft und dass er alle subjektiven Einflüsse innerlicher oder äusserlicher Natur von ihnen fern hält. Die Sicherung der innerlichen und äusserlichen Selbständigkeit der Richter ist also das Ideal der Gerichtsorganisation.

Zu dessen Verwirklichung ist aber nötig, einmal, dass der Richter in Anwendung des Rechtes unabhängig sei von einem höheren Willen, dass ihn bei Fällung des Spruches kein anderer Gehorsam binde als der gegen den objektiven Willen des Herrschers, gegen das Gesetz. Sodann, dass der Richter zu dem zu entscheidenden Streite im Verhältnisse eines Unbetheiligten stehe, dass er also weder selbst Partei, noch zur Wahrung der Interessen einer Partei berufen sei.

Zu dieser inneren geistigen Freiheit des Richters muss sich äussere Unabhängigkeit gesellen. Kein Zwang darf ihn in Bezug auf sein Urtheil treffen, weder demselben vorgängig noch nachher. Darum darf ihm anders als durch richterlichen Spruch weder sein Amt noch sein Gehalt entzogen werden können.

So gegen innere Versuchung und äussere Einwirkung geschützt, erhebt sich der Richter, soweit es überhaupt in menschlicher Macht liegt, zu der Höhe seines Berufes als Wächter des Rechtes. Aus dem Gefühle seiner Unverletzlichkeit erwächst ihm die moralische Kraft, welche ihn fähig macht, in sich gleichsam die Menschwerdung der Gerechtigkeit zu vollziehen. „Es ist", nach Bähr's trefflichem Wort, „ein eigenthümliches Ding mit dem Bewusstsein eines bestimmten, abgeschlossenen Berufes. Derselbe gibt eine Seelenstärke, die mancher sich ausserdem schwer anzueignen vermag". Gleichwie im Militärstande pflegt sich ein solcher Berufsgeist „auch in denjenigen Behörden zu bilden, welche sich rein als Organe des Rechts ansehen dürfen".

Die ganze Einrichtung der Rechtspflege muss also darauf abzielen, die unbedingte Selbständigkeit der richterlichen Behörden zu sichern.

Gerade das entgegengesetzte ist das Ziel der Verwaltung. Der Grundsatz der Verwaltung ist der der unbedingten Abhängigkeit.

Der Zweck der innern Staatsverwaltung und der ihr zur Seite stehenden Finanzverwaltung ist kein anderer als

die Verfolgung der grossen und allgemeinen Interessen. Dieser Zweck kann nur dadurch erreicht werden, dass die ganze äussere Organisation von einem einheitlichen Geiste durchdrungen und beherrscht wird, und dass alle Individuen, welche die Verwaltung führen, mit Unterordnung ihrer persönlichen Meinung dem Willen der obersten Leitung sich dienstbar machen. Strengster Gehorsam gegen Oben ist die Pflicht des Verwaltenden; er hat niemals die eigene Einsicht über den höheren Befehl zu stellen. Daher drängt die ganze Einrichtung der Verwaltung zur Centralisation in einer höchsten Spitze, in welcher alle Fäden zusammenlaufen.

Da ferner der dienstliche Gehorsam oberster Grundsatz der Verwaltung ist, so muss die ganze Stellung des Beamten hier — im Gegensatze zu der des Richters — darauf berechnet sein, diesen Gehorsam thunlichst zu sichern. Während demnach möglichste Unabhängigkeit der Stellung für das Richteramt zu erstreben ist, ist möglichste Abhängigkeit des Beamten ein Merkmal der Verwaltungsorganisation. Nur wenn jedes Rad der Maschine dem leisesten Drucke des Lenkers folgt, ist die grosse Aufgabe der Staatsverwaltung zu lösen.

Eine Gefahr freilich liegt hier nahe und ist sorgfältig zu vermeiden, die nemlich, dass die Centralisation übertrieben werde. Nicht darum kann es sich handeln, dass der oberste Leiter der Verwaltung jede einzelne That selbst gebiete, sondern nur darum, dass, was geschieht, in seinem Geiste geschehe. Diejenigen Angelegenheiten also, welche vermöge ihrer örtlichen Natur von den untern Behörden am Besten beurtheilt werden können, muss der Lenker der Verwaltung diesen gänzlich überlassen und jeder Einmischung thunlichst sich enthalten. Und dieses ist der Punkt, wo die Individualität des untergeordneten Verwaltungsorgans zur Geltung kömmt, der verwundbare Punkt zugleich des ganzen Verwaltungssystems. Denn wenn in diesen zahl-

reichen Beziehungen, in dem Vollzuge der leitenden Gedanken, welche von der Spitze der Verwaltung ausgehen, nicht im Geiste der obern Leitung gehandelt wird, so steuert diese mit gebrochenem Ruder. Darum muss die Individualität des untergebenen Beamten auch da, wo sie an und für sich frei zur Geltung kömmt, doch vom Geiste des Lenkers der Verwaltung beherrscht sein; sie muss, wie Perthes (a. a. O. S. 31) sehr glücklich sagt, dessen Persönlichkeit gleichsam vervielfachen. Dieser Letztere darf demnach nicht genötigt werden, mit der Beihilfe von Individuen zu verwalten, von denen er mit Grund annehmen kann, dass sie sich in seine Absichten nicht zu finden wissen.

Während mithin eine wirksame Organisation der Rechtspflege die Unabsetzbarkeit des Richters verlangt, verlangt eine wirksame Verwaltungsorganisation die unbedingte Absetzbarkeit der Verwaltungsbeamten.

Mussten wir also oben bemerken, dass der einzelne Staatsdiener ein um so schlechterer Verwaltungsbeamter sei, ein je besserer Richter er ist, und umgekehrt, so kommen wir nun zu dem weitern Satze, dass die beste Gerichtsorganisation zugleich die schlechteste Verwaltungsorganisation und andererseits die beste Organisation der Verwaltung die schlechteste für die Rechtspflege ist.

Nach dem bisher Erörterten ist es wol klar, welche Antwort wir auf die Frage zu geben haben, ob die Vereinigung der Rechtspflege und Verwaltung in Einer Behördenorganisation als zweckmässig erscheine. Wir müssen diese Frage unbedingt verneinen, ja hinzufügen, dass die Zusammenfassung der Privatrechtspflege mit der Verwaltung vom Standpunkte der Wahrung des Rechtes noch weniger bedenklich ist, als die Vereinigung von Verwaltung und öffentlicher Rechtspflege. Denn im ersten Falle ist die Objektivität der Verwaltung doch nur da aufgehoben, wo der Fiscus Partei ist, im zweiten Falle fast immer. Thatsächlich aber hat man — aus Gründen, die später ent-

wickelt werden sollen, — weit eher und leichter zur Trennung der bürgerlichen als zur Trennung der öffentlichen Rechtspflege von der Verwaltung sich entschlossen. Und doch ist die Redensart von der „Vereinigung“ der öffentlichen Rechtspflege mit der Verwaltung recht eigentlich Heuchelei. Denn sie bedeutet nichts anderes als Verwaltung mit Ausschluss der Rechtspflege; sie besagt, dass die Staatsverwaltung den Staatsangehörigen gegenüber immer Recht hat, dass es ein öffentliches Recht nicht gibt. In der Thatsache des Streites zwischen der Vertretung des öffentlichen Interesses und dem Privatinteresse liegt schon die Verurtheilung des letzteren. Bähr (S. 56) sagt ganz richtig: „Die Lehre, dass die Regierungsgewalt in hoheitsrechtlicher Eigenschaft einer Rechtsprechung nicht zu unterwerfen sei, will hienach das Gebiet des öffentlichen Rechts von der Rechtsprechung ausgenommen wissen. Sie hat ihre eigentliche Grundlage in der Nichtanerkennung des öffentlichen Rechts als Rechts“.

Der mit öffentlicher Rechtspflege betraute Verwaltungsbeamte ist Richter in eigener Sache, über seine eigene Handlung. Der Umstand, dass Jemand mit der Verwaltung in Streit über öffentliches Recht geraten ist, besagt dann zugleich schon, dass er bereits verurtheilt ist. Der Satz, dass Jemand seine Steuerverbindlichkeit bestreitet, heisst dann, dass er wegen Steuerschuld verurtheilt ist und um Rücknahme dieses Urtheils bittet.

Auf's Possirlichste legt Stahl (Rechts- und Staatslehre Abtheil. 2 § 133) diesen Fall sich zurecht, indem er meint: Das Steuergesetz sei die Norm, welche der Finanzbehörde zur Realisirung gegeben werde (sonst nichts?) und darum habe diese Behörde zu entscheiden, ob sie sich an diese Norm gehalten habe. Dies heisst in der That nichts Anderes als: Weil das Strafgesetz eine Norm ist, innerhalb welcher der Einzelne zu handeln hat, darum hat der Dieb zu entscheiden, ob er gestohlen hat. Stahl würde gegen diesen

Vergleich sich wol entrüstet auflehnen und sagen, die Behörde des Staats habe die Vermutung richtigen Handelns für sich. Allerdings, in demselben Sinne wie jeder Staatsangehörige, dem man auch sein Unrecht nachweisen muss (quisquis praesumitur bonus etc.), aber nachweisen nicht in seinen Augen, sondern in den Augen des unparteiischen Richters. Ein ander Ding, meint Stahl, sei es mit den Steuerfreiheiten, diese seien exemte Rechte und darum „Justizsachen". Um letztern Satz zu verstehen, muss man sich erinnern, dass es irgendwo noch steuerfreie Rittergüter gibt.

Es bleibt nun immerhin eine auffallende geschichtliche Erscheinung, wie trotz der offensichtlichen theoretischen Richtigkeit des Satzes, dass zur Wahrnehmung von richterlichen und Verwaltungsaufgaben nicht dieselben Organe berufen werden sollen, man sich dennoch allenthalben hartnäckig dagegen gesträubt hat und noch sträubt, diesen theoretischen Satz in die Praxis zu übersetzen.

Theilweise mag dies allerdings daher rühren, dass es die Wissenschaft des öffentlichen Rechtes zu einer selbständigen Darlegung ihres Actionenrechtes, der Lehre von den öffentlichen Rechten, noch nicht gebracht hat. Gerber's kleine Schrift und die in dieser Abhandlung gegebene kurze Darstellung sind, soviel uns bekannt, die einzigen Versuche in dieser Richtung. In Folge dessen machte man denn auch mit den unsinnigen Begriffen der „Justizsachen" und „Administrativsachen" einen unglaublichen Nebel um die ganze Frage.

Allein dieser Erklärungsgrund reicht nicht aus. Ist es doch auch Thatsache, dass die Vereinigung von Rechtspflege und Verwaltung, wo und so weit sie besteht, ihre Gegner hat und auch früher schon gehabt hat. Man möchte daher auf die Vermutung kommen, dass sich für diese Einrichtung doch noch viele und gewichtige Gründe anführen lassen, und dass hier — wie dies ja unleugbar öfters vorkömmt

— ein Fall vorliege, wo etwas theoretisch sehr richtig, praktisch aber sehr unbrauchbar ist.

Dem ist jedoch keineswegs so. Unser theoretisches Ergebniss kann vor den Einwendungen, welche gegen dasselbe erhoben wurden, sehr gut bestehen. Dieselben lassen sich im Wesentlichen auf zwei Punkte zurückführen.

Zu ihrer Darlegung wollen wir einem Gegner das Wort geben; und zwar zunächst nicht Stahl, der auch hier in seinem bekannten philosophischen Jargon Herrgott und Sittlichkeit in's Feld führt, sondern Laferrière, welcher mit glücklichem Griffe die Gegengründe in ihrer ganzen Trivialität wiederzugeben verstanden hat. Er sagt (Cours de droit public et administratif 1850. vol. II. p. 667):

„De la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire dérive naturellement l'institution de la justice administrative.

En effet, administrer, c'est assurer l'exécution des lois dans l'intérêt général et local ou prendre des mésures utiles en vue des intérêts collectifs de l'agriculture, du commerce et de l'industrie. Mais, pour assurer cette exécution, il faut donner au pouvoir exécutif le droit d'écarter les obstacles ou de statuer sur les réclamations; autrement l'administration serait impossible ou dépendante: sans cesse entravée par des difficultés, elle deviendrait impossible; ou forcée de se soumettre au pouvoir qui aurait le droit de prononcer entre elle et les citoyens, elle serait dépendante. Un pouvoir supérieur anéantirait par la force des choses l'indépendance de l'autorité administrative; or sans liberté d'action, il n'y aurait plus d'action administrative. Administrer, c'est donc non seulement faire exécuter les lois et décrets, ce qui est la fonction de l'administration active, mais décider les difficultés d'exécution et juger (!!) les réclamations que l'exécution provoque, ce qui est la fonction de l'administration contentieuse.

Le pouvoir d'administrer, considéré dans le sens le plus étendu, comporte ainsi logiquement (!!) le pouvoir de juger administrativement, c'est-à-dire la juridiction ou la justice administrative."

Sich für eine solche Beweisführung noch auf die Logik zu berufen, das erfordert allerdings Mut!

Die Gründe also, die man gegen die Trennung der öffentlichen Rechtsprechung von der Verwaltung geltend macht, sind im Wesentlichen zwei:

1. Eine solche Trennung mache der Verwaltung die Verfolgung ihrer Aufgabe unmöglich;
2. sie mache die Verwaltung von den Gerichten abhängig.

Dem ersten Einwande liegt wol der Gedanke zu Grunde, dass die Thätigkeit der Verwaltung durch die Nötigung, ein von ihr behauptetes, vom Einzelnen aber bestrittenes Recht gerichtlich zu verfolgen, oder wegen ihres als rechtswidrig angefochtenen Ausspruchs vor Gericht Recht zu nehmen, gehemmt werde. Es ist nun freilich wahr, dass es viel rascher und bequemer geht, wenn Jemand jedes von ihm beanspruchte Recht gegen den Andern prompt vollstrecken darf, wenn also nicht blos confessus, sondern auch negans pro judicato est. Allein eine andre Frage ist die, ob das auch gerecht sei. Es will uns scheinen, als ob eine solche starke Verwaltung um den Preis der Gerechtigkeit zu theuer erkauft sei. Dass durch die Zulassung gerichtlichen Verfahrens in öffentlichrechtlichen Streitigkeiten die Erfüllung der Verwaltungsaufgaben unmöglich gemacht werde, ist eine lächerliche Uebertreibung. Der gereizten Phantasie der Fürsprecher des Polizeistaats scheint die Vorstellung vorzuschweben, als werde das Publicum nichts eiligeres zu thun haben, als wegen jeder öffentlichrechtlichen Forderung der Verwaltungsbehörden, und sei sie so gerecht wie immer, mit denselben Streit anzufangen.

Was würde man aber wol zu einem Kaufmanne sagen,

der behauptete, die Handelsgerichte ruinirten ihm sein Geschäft? weil er genötigt sei, seine Wechsel erst noch einzuklagen? Man würde ihn sicher auslachen. Und doch liegt dieser Fall um kein Haar anders, als jener.

Es kann sich überhaupt bei der von uns befürworteten Trennung von Verwaltung und Rechtspflege höchstens um eine Verzögerung der Thätigkeit der erstern handeln.

Und auch diese wird bei näherer Betrachtung auf ein Minimum herabsinken. Denn einmal ist nicht gesagt, dass der Verwaltung das Recht provisorischer Verfügung in dringenden Fällen solle genommen werden; hier wird eben der Rechtsstreit der Verwaltungsmassregel nachzufolgen haben. Sodann ist zu bedenken, dass auch bei Vereinigung der öffentlichen Rechtspflege mit der Verwaltung d. h. also bei Unterdrückung der erstern, man doch wenigstens ein Beschwerderecht als schwachen Abglanz des Klagerechtes geben musste, dass also in diesen Fällen durch Einholung der Entscheidung oberer Verwaltungsstellen ganz dieselbe oder noch mehr Zeit zu Verlust geht als bei gerichtlicher Klage.

Endlich wird bei der von uns verlangten Reform eine Hauptaufgabe auch die sein, eine der besondern Natur der öffentlichen Rechte angemessene rasche Art des Verfahrens zu finden.

Der zweite Einwand, dem wir zu begegnen haben, ist der, dass durch Zuweisung der öffentlichen Rechtspflege an die Gerichte die Verwaltungsbehörden von erstern abhängig würden. „Sollte“, meint Pöhlmann (über das Wesen der sogenannten administrativ-contentiösen Sachen S. 16), „die Polizei- und Finanzbehörde, so oft es den Unterthanen beliebt, ein von ihr gegen ihn beanspruchtes Recht des Staats zu bestreiten, hierüber vor dem Civilrichter Recht nehmen müssen, so müsste sie in die vollkommenste Abhängigkeit von der Justizbehörde gerathen, denn derjenige, dessen Ent-

scheidung von Andern anerkannt und befolgt werden muss, der ist doch eigentlich Herr."

Wir raten dem Leser, in vorstehendem Satze statt „Behörde" „Gläubiger", statt „Unterthan" „Schuldner" zu setzen, und die Widerlegung ist fertig.

Nicht um eine Unterordnung handelt es sich hier, sondern um eine Theilung innerlich verschiedener Aufgaben. Eine Unterordnung der Verwaltung läge nur dann vor, wenn die Gerichte ihr gebieten könnten, was sie innerhalb ihrer rechtlichen Grenzen zu thun habe; davon ist aber keine Rede. So wenig die Gerichte einem Fabrikanten etwa vorschreiben können, ob er Baumwolle kaufen soll oder nicht, so wenig sie also auf den privaten Geschäftsbetrieb Einfluss haben, eben so wenig würde ihnen durch Zuweisung der öffentlichen Rechtssprechung irgend eine Macht innerhalb des Wirkungskreises der Verwaltung eingeräumt. Die Gerichte sollen lediglich das Recht hüten, d. h. die Ueberschreitung der rechtlichen Grenzen durch die Verwaltungsbehörden verhindern. Die Gerichte sind für die Verwaltung blos Schranke, die richterliche Thätigkeit beginnt, wo die der Verwaltung aufhört. Warum aber der Geist der Verwaltung gegen diese Schranke sich so sehr auflehnt, das hat Bähr (Rechtsstaat S. 106) trefflich dargelegt. „Die Regierungsgewalt bedarf der Justiz nicht, um sich in ihrem Rechte zu schützen: sie thut das selbst mit eigenen Mitteln. Da fühlt sie denn eine neben ihr stehende Rechtsprechung, die für Andere eben so sehr Schutz als Schranke ist, für sich nur als Schranke".

Und diese Schranke soll die Verwaltung fühlen; denn es ist die Rechtsprechung nichts anderes als der verwirklichte objektive Herrscherwille, das angewandte Gesetz. Dass das Gesetz geachtet und beachtet werde, ist die höchste Zweckmässigkeit. Nicht der Wille der richtenden Personen ist es, der die Verwaltung beschränkt, sondern der Herrscherwille, das Gesetz.

Kaum begreiflich sind Stahl's Aeusserungen (a. a. O. II, 2 S. 446) über diesen Punkt. Er escamotirt einfach an die Stelle der Verwaltungsbehörden den Staat (= Herrscher) und wehrt sich dann allen Ernstes dagegen, dass man die Staatsgewalt einer „dritten Macht" unterordne. „Nach der Natur des Staats als eines sittlichen Reiches," so meint er, „kann nur er selbst, seine eigene beherrschende Macht, sohin die Regierung, das Urtheil über die gesetzmässige Anwendung ihrer Funktionen haben, sie kann nicht für Vornahme derselben erst die Entscheidung der Gerichte als einer dritten Macht bedürfen, noch weniger kann sie selbst der Macht der Gerichte, deren Verurtheilung, Befehl und Vollstreckung unterliegen. Dächte man sich einen Zustand, dass über die Akte der Staatsgewalt, sei es vor ihrer Vornahme, sei es nachher, richterliche Entscheidung überall eintrete, wenn der Unterthan sich auf eine Rechtsverletzung beruft, so hätte damit der Staat aufgehört, wirklich Staat, ein sittliches Reich über Individuen zu sein (Phrase!), er würde selbst eine blose Privatpartei, seine Handlungen verlören den Charakter einer höheren Autorität, es käme ihm seine Herrschermacht gegen die Unterthanen nicht in anderer Weise zu, als dem Gläubiger seine Befugniss gegen den Schuldner, und die Unterthanen hätten aufgehört, ergänzende (??) Glieder des Staats, dieses sittlichen Ganzen zu sein, sondern ständen ihm als einem Subjekte ausser ihnen, als losgetrennte, unabhängige, gleichartige Subjekte gegenüber."

Fast möchte man glauben, Stahl habe nie die Formel „Im Namen Seiner Majestät des Königs" an der Spitze richterlicher Urtheile gelesen.

Wenn der Herrscher bestimmte Organe für die Aufgaben der Rechtspflege, andere Organe für die Aufgaben der Verwaltung bestellt und diese nun, je innerhalb ihrer Zuständigkeit, thätig werden, so ist nicht abzusehen, was in diesem Vorgange Staatswidriges solle enthalten sein.

Die beiden Gründe, welche man gegen die Uebertragung, der öffentlichen Rechtspflege an die Gerichte geltend macht, erweisen sich sonach als durchaus unstichhaltig.

Ist aber diese Trennung folgerichtig vollzogen d. h. ist die ganze Rechtspflege den Gerichten, die ganze Verwaltung den Regierungsbehörden übertragen, dann ist auch zwischen beiden Organisationen ein Streit über die Zuständigkeit nicht mehr möglich und mithin die von Stahl so eifrig befürwortete Einrichtung eines „Competenzgerichtshofes“ (der dann nach Stahl's eigener Ansicht auch über die Staatsgewalt zu Gericht sässe) gänzlich überflüssig. Denn es ist gar nicht einzusehen, zwischen was dieses Gericht eigentlich die rechtliche Grenze suchen sollte. Die Verwaltungsbehörden vertreten das Gemeinwol, die Gerichte bestimmen die Interessengrenze, das Recht. Zwischen der Interessengrenze aber und dem Interesse selbst lässt sich nicht wieder eine Grenze suchen. Ein solches Beginnen wäre ungefähr ebenso sinnlos, als wenn man zwischen dem gegebenen Mittelpunkte eines. Kreises und einem andern Punkte noch einen zweiten Mittelpunkt desselben Kreises suchen wollte.

Das Verständniss für diesen einfach logischen Satz ist übrigens ein sehr seltenes. Bluntschli führt in seinem Commissionsbericht in der badischen 1. Kammer über das Verwaltungsorganisationsgesetz (Verhdlgn. vom J. 1861/63 3. Beil.-Heft S. 345 ff.) als Grund gegen die Vereinigung der „Justiz“ und „Verwaltungsrechtspflege“ an, dass aus derselben Zuständigkeitsstreitigkeiten mit den Verwaltungsbehörden entständen und die Privatrechtspflege in Gefahr gerate!

Wir müssen nach dem bisher Erörterten vom Standpunkte der Wissenschaft wie des praktischen Vortheils das Verlangen aufstellen, dass im Staate eine völlige Trennung der Organisation für die Rechtspflege und für die Verwaltung statt finde.

Auch das kann nicht genügen, das man als oberste Instanz über die Verwaltungsorgane für Streitigkeiten des öffentlichen Rechtes eine richterliche Behörde setzt, ein Gedanke, den besonders Luthardt in seiner Schrift „Ein Verwaltungsgerichtshof auf Grundlage des bestehenden Rechts in Bayern“ (Nördlingen 1867) näher ausgeführt hat. Diese Einrichtung hätte höchstens in so fern Wert, als sie den innern Zwiespalt der Aufgabe einer richtenden Verwaltung zum klaffenden Riss erweitern und so durch eine ad oculos demonstratio die völlige Loslösung der öffentlichen Rechtsprechung von der Verwaltungsorganisation beschleunigen würde.

Abgesehen davon nun, dass die Trennung der Rechtspflege und Verwaltung einer Forderung der Gerechtigkeit genug thut, würden sich aus ihr für das öffentliche Recht insbesondere die wolthätigsten Folgen ergeben. Und zwar nach einer doppelten Richtung.

Es würde nemlich vor Allem die Gesetzgebung genötigt, eine scharfe und klare Scheidung zwischen dem Gebiete der öffentlichrechtlichen Ansprüche und dem der verwaltenden Thätigkeit vorzunehmen. Es müsste deutlich und bestimmt hervortreten, was die Verwaltung thun muss bezw. nicht thun darf und andrerseits, was sie nach freiem Ermessen, nach dem Gesichtspunkte der Zweckmässigkeit thun und lassen kann.

Es würde dann weiter, besonders im constitutionellen Staate, das öffentliche Recht dem Einflusse und dem Zanke der politischen Parteien entzogen werden und es würden damit Streitigkeiten, welche das öffentliche Leben auf das Tiefste aufzuregen pflegen, durch objektiven richterlichen Spruch ihre Lösung finden. Dadurch würde die Regierung selbst gegenüber der Volksvertretung eine gefestigte Stellung gewinnen, da sie in der Lage wäre, auf den ihr günstigen Richterspruch sich zu berufen (Vgl. Bähr S. 107). Andrerseits würde die Volksvertretung für das überflüssig

werdende, höchst zweifelhafte Institut der Ministerverantwortlichkeit eine weit wertvollere Garantie ihrer Rechte eintauschen. Denn nun wäre der Minister, welcher dem richterlichen Spruche, was kaum denkbar ist, entgegen handeln sollte, persönlich und strafrechtlich haftbar. Seine dem gerichtlichen Spruche zuwiderlaufende Thätigkeit wäre keine amtliche mehr, sondern einfacher Rechtsbruch. Auf der andern Seite würde die Thorheit vermieden, eine öffentlichrechtliche Verantwortlichkeit für Verwaltungshandlungen begründen zu wollen, die nicht als rechtswidrig, sondern nur als unzweckmässig angegriffen werden, und es würde die Volksvertretung auf den in solchem Falle allein richtigen Weg gewiesen, durch das moralische Gewicht ihrer Meinung den Herrscher zur Entlassung seiner Minister zu bewegen. —

Eine weitere Frage, die sich für uns erhebt, ist die, ob der Herrscher eine getrennte Organisation für die Privat- und für die öffentliche Rechtspflege einrichten oder dieselben Organe zu beiden Aufgaben berufen soll.

Für die erstere Einrichtung pflegt man geltend zu machen, dass es den Angehörigen des Richterstandes an derjenigen praktischen Einsicht in Verwaltungssachen fehle, welche sie befähige, über dieselben ein richtiges Urtheil zu fällen. Es erscheine angemessen, eigene „Verwaltungsgerichtshöfe“ einzurichten und solche vorzugsweise mit ehemaligen Verwaltungsbeamten zu besetzen, welchen eine längere Erfahrung im Verwaltungsdienste zur Seite stehe.

Diese Ansicht und ihre Begründung beweist lediglich, dass diejenigen, welche dergleichen vorbringen, noch nicht zur klaren Erkenntniss darüber gelangt sind, um was es sich eigentlich hier handelt. Einfach nicht, wie man ohne viel Nachdenken zu sagen pflegt, um Verwaltungsgerichte d. h. Gerichte über Gegenstände der Verwaltung, sondern um Gerichte des öffentlichen Rechtes. Der Leser, der uns

bis hieher aufmerksam gefolgt ist, wird den Unterschied, der hierin liegt, sofort einsehen. Gegenstand der richterlichen Entscheidung ist lediglich die Frage, ob ein öffentliches Recht zustehe oder verletzt sei, nicht die, ob eine Verwaltungshandlung zweckmässig sei oder nicht. Dies verkennt Bluntschli in dem oben angeführten Commissionsberichte völlig und er zeigt zugleich, dass ihm der Kernpunkt der ganzen Frage, die Natur des öffentlichen Rechtes dunkel geblieben ist. Er meint: „Da die Verwaltungsstreitigkeiten immer im Geiste der Gesammtheit ... und im Hinblick auf die öffentliche Wolfahrt beurtheilt werden müssen, so ist staatsrechtliche, politische und wirtschaftliche Vorbildung für die politische Behörde eine unerlässliche Voraussetzung ... Wird das Verwaltungsrecht in civilistischem Geiste gehandhabt, ... so gelangt der öffentliche Geist darin nicht zur vollen Anerkennung. (Dieser muss eben im Gesetze selbst zur Anerkennung kommen!) Allerdings, soweit die Gesetze die Bedingung und die Schranken des Verwaltungsrechts fest bestimmen, müssen dieselben ebenso getreu und aufrichtig zu Grunde gelegt werden, wie die Gesetze über das Privatrecht." Daneben sei aber noch ein weiter Spielraum innerhalb der gesetzlichen Schranken. „Der Richter in Verwaltungsstreitigkeiten würde daher weit öfter als der Civilrichter in der Lage sein, neben der Frage der Gesetz- und Rechtmässigkeit auch die der Zweckmässigkeit in Betracht zu ziehen."

Bluntschli begeht hier den Fehler, etwas in das Bereich der öffentlichen Rechtspflege zu ziehen, was dieselbe nicht berührt. Sie hat sich in der That mit der Zweckmässigkeit der Verwaltungshandlungen gar nicht, sondern nur mit deren Rechtmässigkeit zu befassen.

Und darum ist die Rechtsprechung in Streitigkeiten des öffentlichen Rechtes ebenso gut eine rein logische Thätigkeit — Unterstellung eines gegebenen Thatbestandes unter das Gesetz — wie die Rechtsprechung in bürgerlichen

Streitigkeiten; der Richter braucht dort so wenig wie hier technische Kenntnisse zu besitzen. Denn er prüft die Handlungen nicht nach ihrer technischen Seite, sondern nach ihrer rechtlichen. Die Bestellung eigner Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts ist sonach nicht notwendig.

Sie ist aber auch nicht nützlich. Mit gutem Grunde hat man den Theil der öffentlichen Rechtspflege, der bereits allgemein der Rechtsprechung überwiesen ist, die Strafrechtspflege, in die Hände der ordentlichen Gerichte gelegt. Es ist bei den manigfachen wissenschaftlichen und praktischen Wechselbeziehungen des bürgerlichen und öffentlichen Rechtes nachtheilig, wenn die an sich einheitliche Aufgabe der Rechtspflege zersplittert wird. Das Allerschädlichste wäre aber, diese Gerichte des öffentlichen Rechtes mit Verwaltungsbeamten zu besetzen. Denn es fehlt diesen vor Allem jenes richterliche Bewusstsein, von dem wir oben sprachen. Wer gewohnt war, während einer langen Berufszeit das öffentliche Recht nicht objectiv, sondern subjectiv vom Standpunkte der Verwaltung zu betrachten, der wird sich später in die Rolle des Richters schwer hineinfinden und unwillkürlich stets unter dem Einflusse seines frühern Berufs stehen. Es wird aber auch einem solchen Manne, bei dem Mangel jeglicher Uebung, das strengjuristische Gefühl, die eigentliche Technik des Richters, die scharfe logische Auffassung verloren gegangen oder doch geschwächt sein, besonders dann, wenn er bei durchgeführter Trennung von Rechtspflege und Verwaltung stets nur mit letzterer zu thun hatte.

Die Einsetzung besonderer Gerichte des öffentlichen Rechtes würde ferner die Reibung der Maschine unnötig erhöhen. Das ganze widerwärtige System der „Competenzconflikte“, mit welchem unendlich viel Zeit vergeudet wird, würde hier neu aufleben und es bedürfte eines eignen Gerichtshofes zwischen beiden Gerichtsorganisationen, wenn man sich nicht entschliessen wollte, wenigstens den obersten

Gerichtshof für beide Arten von Gerichten gemeinsam zu machen. Thut man aber dies letztere, dann ist kein Grund abzusehen, warum man im niedern Rechtszuge die Trennung beibehalten soll.

Die Organisation der Rechtspflege und Verwaltung ist in den positiven Staatsrechten die allerverschiedenste. In Europa lassen sich gegenwärtig wesentlich drei Systeme unterscheiden:

1. Das englische System, beruhend auf der Vereinigung der Rechtspflege und Verwaltung in Einem Organe von richterlichem Charakter, dem Friedensrichter. Als Folge dieser Einrichtung ergibt sich, dass die friedensrichterlichen Verfügungen gleichfalls als Urtheile erscheinen und im Rechtszuge der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten angefochten werden.

2. Das französische System, beruhend auf dem Grundsatz der Trennung von Gerichten und Verwaltungsbehörden. Dieser Grundsatz gestaltet sich jedoch in der Durchführung eigenthümlich. Es findet nemlich eine doppelte Gerichtsorganisation statt, die eine selbstständig, die andere in enger Verbindung mit der Verwaltungsorganisation. (Juridiction ordinaire der conseils de préfecture und des conseil d' état; juridiction extraordinaire der Präfekten und Minister, der conseils de revision, der cour des comptes u. s. w.) Den Verwaltungsgerichten sind alle Streitigkeiten überwiesen, bei welchen der Herrscher als solcher Partei ist, demnach sowol öffentlichrechtliche Streitsachen, als auch fiscalische Klagen (le contentieux; juridiction administrative).

Diese Einrichtung, Vielen ein anzustrebendes Ideal, hat keineswegs eine tiefere und innerliche, sondern eine rein äusserliche und geschichtliche Begründung. Als nemlich im Jahre 1790 die französische Assemblée an die Umgestaltung der Verwaltung ging, war sie sich vollkommen klar, dass es das theoretisch Richtigste sei, die Streitig-

keiten des öffentlichen Rechtes an die Gerichte zu verweisen. Dass sie dies nicht that, hatte einen sehr praktischen Grund, den nemlich, dass sie den Parlamenten, den Gerichtshöfen, kein Vertrauen schenkte. „En effet, l'ordre judiciaire s'était rendu suspect, et bien loin d'étendre ses attributions, l'Assemblée ne songeait plus qu'à l'amoindrir."

(Dareste, la justice administrative en France. Paris 1862, p. 164.)

So ist denn das gepriesene System des contentieux, das man in Baden nachzuahmen die unglückliche Idee hatte, (Gesetz vom 5. Oktober 1863 über die Organisation der inneren Verwaltung. Ausgabe von Weizel. Karlsruhe 1864) lediglich ein Erzeugniss geschichtlicher Zufälligkeit. Schon damals aber, als dieses System geschaffen wurde, erkannte man vielfach die theoretische Wahrheit klarer als heut zu Tage. So sagte am 30. März 1790 der Deputirte Chabroud in der Assemblée:

„Aussitôt qu'un différend survient entre deux particuliers, aussitôt qu'une opposition est formée, voilà un litige dont les administrateurs ne doivent pas connaître, parce qu'ils ne sont pas juges; et s'il y a aucun motif d'en ravir la connaissance aux tribunaux ordinaires, il ne faut pas créer inutilement d'autre tribunaux.

Dirait-on que les tribunaux ordinaires pourraient s'ériger en censeurs de l'administrative et la contrarier? Je pense qu'ils seraient assujettis à se conformer aux décisions d'ordonnance générale et que, s'ils s'en écartaient, on aurait, pour les rappeler à leur devoir, les mêmes moyens qui les forceront à se conformer aux lois.

Je conclus que la Constitution ne doit rien excepter de la compétence des tribunaux ordinaires."

(Dareste, p. 164.)

3. Das deutsche System besteht darin, dass alle bürgerlichen und strafrechtlichen Streitigkeiten den Gerichten, alle übrigen aber den Verwaltungsbehörden überwiesen sind.

Dem deutschen Systeme ist sonach der Unterschied der voie gracieuse und der voie contentieuse aus dem entgegengesetzten Grunde fremd, als dem englischen Systeme. Während England in öffentlichen Rechtssachen nur die Klage kennt (voie contentieuse), hat das deutsche Recht lediglich die Beschwerde (voie gracieuse).

Dagegen theilen das französische und deutsche System die Einrichtung der „Competenzconflicte", die dem englischen Systeme naturgemäss fremd bleibt. In England (wie auch in den Vereinigten Staaten, Belgien und Holland) entscheiden die richterlichen Organe über ihre eigne Zuständigkeit. Es ist unterhaltlich zu sehen, mit welcher Verlegenheit das deutsche System der Verwaltungswillkür und das französische Bastardsystem nach einem passenden Organe zur Schlichtung der Grenzstreitigkeiten zwischen Rechtspflege und Verwaltung suchen. In Frankreich, Italien, Spanien und einigen deutschen Staaten ist die Entscheidung dieser Zuständigkeitsstreite einer Verwaltungsbehörde, dem Staatsrate übertragen; in Preussen, Bayern und Sachsen einem aus Richtern und Verwaltungsbeamten zusammengesetzten besondern Gerichtshofe. In der Schweiz erkennt in den meisten Cantonen die gesetzgebende Gewalt (der grosse Rat) über Competenzconflicte, während in andern Cantonen die Organe der Gesetzgebung, der Rechtspflege und der Verwaltung zur Bildung eines Zuständigkeitsgerichtshofes zusammen wirken. Vielleicht liesse sich diese Uebersicht noch vermehren. Die hier gegebene mag zur Kennzeichnung der beiden Systeme genügen.

Wir können, indem wir die Erörterung über die im Vorstehenden beleuchtete Frage schliessen, uns nur die Bestimmung der deutschen Reichsverfassung vom Jahre 1849 (§. 182) als Wunsch aneignen: „Die Verwaltungsrechtspflege hört auf; über alle Rechtsverletzungen entscheiden die Gerichte."

Die in Verwirklichung dieses Grundsatzes von allen

fremdartigen Aufgaben entlastete Verwaltung würde sich erst voll und frei ihrem eigentlichen Wesen gemäss entwickeln können.

Es wäre eine Betheiligung der Staatsangehörigen durch Ehrenämter an der Thätigkeit der Verwaltung im weitesten Masse zulässig und wünschenswert; weit wünschenswerter als sie dies bei der Rechtspflege ist. Denn bei den Aufgaben der Verwaltung wären die Vertreter der verschiedenen Interessen in der That in der Lage, als Sachverständige mitzureden und mitzuraten; während sie bei der Rechtspflege zu einem Urtheile über Fragen sich genötigt sehen, die sie nur mit dem Verständnisse des Laien zu erfassen vermögen. In so weit die badische Verwaltungsorganisation den eigentlichen Zwecken der Verwaltung dient, ist sie aller Beachtung würdig. —

Die Verfassung des Heeres und der äusseren Beziehungen erheischt vom Standpunkte der allgemeinen Staatslehre keine genauere Betrachtung. Insbesondere können wir hier von einer näheren Ausführung absehen, da wesentliche Irrthümer in diesen Gebieten nicht zu verzeichnen sind.

VI. Abschnitt.

Das Recht des Verfahrens.

Das Recht des Verfahrens hat darüber Bestimmung zu treffen, in welcher Form die zur Wahrnehmung der Staatsaufgaben berufenen Organe thätig werden sollen.

Es regelt sonach:

1. das Verfahren der Gesetzgebung,
2. das Verfahren der Rechtspflege,
3. das Verfahren der Verwaltung.

Auch für die Thätigkeit der Heeresorganisation und der Organisation der äussern Beziehungen sind allgemeine Normen denkbar. Doch liegt es in der Natur beider, die grösstmögliche Freiheit der Bewegung obwalten zu lassen.

Hier ist der einzelne Fall für das Handeln zunächst bestimmend und es erscheint zweckmässiger, dass die Regeln der Technik und der Erfahrung als dass feste Rechtssätze entscheiden.

Anders bei der Gesetzgebung, der Rechtspflege und der Verwaltung, wo die Art der vorgesteckten Ziele eine sichere Norm des Verfahrens verlangt. Und zwar am Meisten bei der Gesetzgebung und der Rechtspflege. Denn die Objectivität der hier wie dort gestellten Aufgaben erfordert auch eine objective Ordnung der Thätigkeit.

Wir müssen es uns indess versagen auf die Ordnung des Verfahrens im Einzelnen einzugehen; eine solche Er-

örterung bleibt füglicher der Darstellung des positiven Rechtes überlassen.

Es sei uns nur gestattet, in kurzen Zügen die Merkmale hervorzuheben, welche das Verfahren der Rechtspflege und der Verwaltung unterscheiden.

Aufgabe der Rechtspflege ist es, dafür zu sorgen, dass kein Interesse durch Ueberschreitung der Rechtsgrenze verletzt werde. Dies gilt gleichmässig für die bürgerliche wie für die öffentliche Rechtspflege.

Ob ein Interesse in dieser Weise verletzt worden sei, wird demjenigen zunächst empfindlich, der es behütet.

Würde man dem Gerichte die Aufgabe zumuten, überall zuzusehen, ob ein Interesse verletzt sei, und auf Grund dieser Wahrnehmung einzuschreiten, so würde man ihm sowohl eine Last auflegen, der es nicht gewachsen wäre, als auch es aus seiner objectiven Rolle herausdrängen. Darum wird das Gericht nur thätig, wenn der, dem das Unrecht fühlbar geworden, sich beklagt. Ob er sich beklagen will oder nicht, mag für ihn einem Dritten gegenüber Frage der Pflicht sein, dem Gerichte gegenüber besteht eine Pflicht zur Klage nicht.

Ein Anderes ist es bei der Verwaltung. Diese hat es nicht mit Entscheidung von Interessenstreitigkeiten, sondern mit thätiger Wahrnehmung von Interessen zu thun. Die Verwaltung handelt daher nicht auf Anrufen, sondern zunächst aus eigenem Antriebe. Innerhalb der ihr vom Rechte gezogenen Grenzen ist sie vollkommen frei, sie kann thun, sie kann lassen was sie will; Niemand hat einen rechtlichen Anspruch auf ihr Thun oder auf ihr Nichtthun. Es gibt sonach eine Klage gegen die Verwaltung nur auf Grund der Ueberschreitung der Rechtsgrenze, nie auf Grund ihres Handelns innerhalb derselben. Wenn daher Jemand der Meinung ist, dass die Thätigkeit oder Unthätigkeit einer Verwaltungsbehörde eine rechtswidrige sei, so mag er Klage stellen; will er aber lediglich die Zweckmässigkeit oder

Notwendigkeit einer Verwaltungsmassregel bestreiten, so kann er bei den Gerichten keine Hilfe finden. Mit andern Worten: nicht jede Handlung der Verwaltungsbehörde, welche den Einzelnen beschwert, verletzt ihn auch in seinem Rechte; gerade so wie nicht jede Handlung eines Einzelnen, die seinem Nebenmenschen lästig ist, einen Rechtsbruch enthält. In diesem Sinne ist sowol für das Privat- als für das öffentliche Recht der Satz gesprochen: Qui iure suo utitur, neminem laedit.

Immerhin mag aber der Einzelne gegenüber der Verwaltung in einem solchen Falle versuchen, dieselben zu einem andern Willen zu bringen.

Dabei kann

1. sein Gedankengang der sein, dass eine gewisse, ihm wünschenswerte Thätigkeit der Verwaltung in deren Aufgabe liege, dass also sein Interesse nur die concrete Erscheinungsform eines allgemeinen Interesses sei. Hier wird er ein Gesuch stellen.

2. Sein Gedankengang kann ferner der sein, dass die Verwaltungsbehörde, wenn ihr alle Umstände eines Falles so bekannt wären wie ihm, und wenn sie dieselben unter demselben Gesichtspunkte betrachten würde wie er, anders handeln würde als sie gehandelt hat. Hier wird er eine Vorstellung an die Behörde richten.

3. Endlich kann Jemand der Ansicht sein, dass eine ihn zwar beschwerende, aber nicht verletzende Handlung einer Behörde dem Willen der höheren Behörde oder des Leiters der Verwaltung selbst nicht entspreche, dass diese Letzteren wenn sie selbst zu handeln gehabt hätten, anders gehandelt haben würden.

Dies wird er insbesondere dann annehmen, wenn die Thätigkeit der Behörde, welche ihm lästig ist, ihm nicht mit dem in der Verordnung ausgesprochenen Verwaltungswillen übereinzustimmen scheint.

